

Hans-Heinrich Jescheck

Thomas Weigend

TRATADO DE
DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

Volumen I

Traducción de
Miguel Olmedo Cardenete



HANS-HEINRICH JESCHECK
THOMAS WEIGEND

Tratado de Derecho Penal
Parte General

Volumen I



Tratado de Derecho Penal

Parte General

Volumen I

Dr. iur. Dr. iur. h.c. mult.
HANS-HEINRICH JESCHECK

Catedrático emérito de Derecho Penal en la Universidad de Friburgo de Brisgovia
Director emérito del Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional
Magistrado jubilado del Tribunal Superior de Karlsruhe
Presidente de honor de la Asociación Internacional de Derecho Penal

y

Dr. iur.
THOMAS WEIGEND

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Colonia

Traducción de la
5.^a edición alemana, completamente renovada y ampliada por

MIGUEL OLMEDO CARDENETE
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada



Título original

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas
Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil / von Hans-Heinrich
Jescheck y Thomas, 5. vollständig neubearb.
u. erw. -Aufl.-Berlin:
Duncker u. Humblot, 1996
ISBN 3-428-06410-0

INSTITUTO
PACÍFICO

Tratado de Derecho Penal. Parte General

Autores:

Hans Heinrich Jescheck / Thomas Weigend

Traducción de la 5.ª edición alemana

Para el Perú: Primera edición (octubre 2014)

Copyright 2014

© Instituto Pacífico S.A.C.

© Los autores

© Miguel Olmedo Cardenete

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez

Georgina Condori Choque

Ricardo De la Peña Malpartida

José Carrascal Quispe

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C. - 2014

Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña

Central: 332-5766

www.institutopacifico.com.pe

Tiraje: 2000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 31501051400950

ISBN: 978-9972-234-89-7

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N°: 2014-14345

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

Prólogo a la 5.^a edición alemana

El rápido desarrollo del Derecho penal alemán en el ámbito legislativo, jurisprudencial y doctrinal ha hecho necesaria una completa reelaboración de esta obra después de que hace siete años apareciera la 4.^a edición del Tratado. Coautor de la presente edición es *Thomas Weigend* quien, además, se ha comprometido a continuarla en un futuro.

El objetivo de nuestro trabajo en común es suministrar tanto a los especialistas como a los estudiantes una visión general fidedigna acerca de la situación y el desarrollo histórico de la Parte general del Derecho penal alemán, con inclusión de las consecuencias jurídicas del delito. Al igual que en anteriores ediciones, también nos hemos esforzado por situar a nuestro Derecho en el contexto global del Derecho penal en la comunidad internacional. De ahí que la orientación de la obra hacia el Derecho comparado se haya mantenido e, incluso, se haya visto reforzada en distintos lugares de la misma. La vecindad y las estrechas relaciones de Bélgica con la República Federal Alemana han conducido a su inclusión dentro del círculo de países que siempre son tenidos en cuenta, a lo que hay que añadir que la reforma proyectada del Derecho penal la hace especialmente interesante para el Derecho comparado. El Derecho penal de la República Democrática Alemana ya solo es objeto de algún comentario retrospectivo, debido a que ha perdido prácticamente toda su importancia a causa del Tratado de Unificación y el desarrollo posterior de la legislación penal en la Alemania unida.

En la introducción y en las dos primeras partes de la obra se han tenido en cuenta la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de hasta principios de 1995, mientras que en la tercera parte aquellas se adentran hasta la mitad de dicho año. Con posterioridad a tales fechas solo pudieron ser recogidas en aspectos concretos. No ha sido nuestra intención abordar en su integridad la abundantísima literatura y jurisprudencia existente. Esperamos, no obstante, que nuestra selección pueda servir de muestra representativa del ingente material de trabajo existente.

Queremos expresar nuestro sincero agradecimiento a las muchas personas que nos han ayudado en nuestro trabajo.

En Friburgo, el Prof. Dr. *Josef Kürzinger*, director de la biblioteca del Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional, ha vuelto a colaborar en la continuación de las estadísticas y en la provisión del material extranjero. El Sr. D. *Estefan Engels*, licenciado en Derecho, ha revisado críticamente durante su elaboración el manuscrito perteneciente a la introducción y a las dos primeras partes de la obra. Las Sras. *Ruth Biele*, *Kirsten Mnich*, *Ursula Müller* y *Susanne Schreiber*, diplomadas en biblioteconomía, han suministrado continuamente la literatura que se ha precisado. La Sra. *Elisabeth Wynhoff*, estudiante de Derecho, ha revisado el índice bibliográfico general.

En Colonia, los asistentes y personal auxiliar Dr. *Paul Burian*, *Nicole Edeling*, *Jochen Herbst*, *Florian Jessberger*, Dr. *Karl-Peter Julius*, *Sigrid Kunze*, *Anja Marx*, *Yasemin Turhan* y *Anja Vollmer*, han preparado la reelaboración de la tercera parte de la obra. El Sr. D. *Gerd Hoor*, licenciado en Derecho, ha actualizado algunas partes del índice analítico. La Sra. *Michaela Sowade* también ha contribuido notablemente en la elaboración del índice legislativo y en la transcripción de la totalidad del manuscrito original.

Un agradecimiento especial merece la Sra. *Irmela Jung*, quien ha llevado a cabo eficazmente la preparación del original para su impresión, la corrección del mismo y de las galeras, así como de la redacción global de la obra.

Además, contraemos una deuda de gratitud con el Prof. Dr. h.c. *Norbert Simon*, gerente principal de la editorial Duncker & Humblot, así como con sus colaboradores, sobre todo con el director del departamento de producción el Sr. *Dieter H. Kuchta*, por su destacado apoyo en la edición de esta obra.

Friburgo de Brisgovia y Colonia, septiembre de 1995

Hans-Heinrich Jescheck

Thomas Weigend

Nota preliminar del traductor

Constituye para mí un motivo de especial satisfacción poder presentar al lector la traducción de la 5.^a edición de este Tratado de Derecho Penal que, sin duda, ha sido de los que más ha influido en la formación de los penalistas de lengua hispana durante las dos últimas décadas. Su elaboración está sobradamente justificada por las numerosas novedades que incorpora la última edición aparecida en versión alemana y en la que ahora aparece también el Prof. *Thomas Weigend* como coautor de la misma. Desde luego que, ante todo, merece destacarse la actualización bibliográfica y jurisprudencial que se lleva a cabo a lo largo de toda la obra. Pero es que, además, se tienen en cuenta muchos aspectos de particular interés para el Derecho penal más contemporáneo. En este sentido, y a título meramente ejemplificativo, destaca, en primer lugar, el análisis de cuestiones tan relevantes como el incipiente "Derecho penal europeo" (vid. *supra* § 18 VII) o la introducción de criterios "victimodogmáticos" en la interpretación del tipo (vid. *supra* § 25 V). En segundo lugar, se tienen en cuenta algunas repercusiones para la Parte General derivadas de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto de 28.5.1993 (BVerGE, 88, 203), que declaró inconstitucional la solución del plazo introducida por la Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia de 27.7.1992 (BGBl. I p. 1398). No obstante, en este punto a lo largo del texto también se ha advertido de la nueva regulación introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I p. 1050). En tercer lugar, también son dignas de mención las diversas referencias a la Ley para la Lucha contra el Tráfico de Drogas y otras manifestaciones de la Criminalidad Organizada de 15.7.1992 (BGBl. I p. 1302) que introduce figuras tales como la del agente encubierto, la instalación de escuchas telefónicas y cámaras secretas, la grabación de diligencias de investigación o el mantenimiento del secreto de la identidad de testigos en peligro. En la misma línea debe igualmente mencionarse la Ley para la Lucha contra el Delito de 28.10.1994 (BGBl. I p. 3186).

En materia de autoría y participación destaca el estudio de la jurisprudencia del BGH favorable a la reconducción por vía de la autoría mediata de supuestos en los que el ejecutor del delito actúa dolosamente y de modo responsable: en este sentido hay que aludir a los criterios sostenidos por dicho tribunal en el caso —así denominado— del "Rey de los Gatos" ("*Katzenkönig-Fall*") (BGH 35, 347 [351 ss.]) y en la condena de los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la desaparecida República Democrática Alemana en relación con los homicidios dolosos cometidos por soldados frente a los fugitivos que atravesaban la frontera de la Alemania del Este (BGH 40, 218 [236 ss.]). En la teoría del concurso de delitos sobresale el comentario de la jurisprudencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal que ha resuelto que, en todo caso, respecto a los delitos de estafa (§ 263) y de abuso sexual (§§ 173, 174, 176) no podrá seguir aplicándose la jurisprudencia relativa al delito continuado (BGH-GS 40, 138). La BGH 40, 195 también ha rechazado la aplicación de dicha figura a la defraudación de impuestos.

Mención especial merece la *completa reelaboración* de los temas relativos a las consecuencias jurídicas del delito en los que se exponen las más modernas tendencias y problemas de la Política criminal contemporánea (§ 70), así como las perspectivas actuales y de futuro de las diferentes penas que integran el sistema de sanciones contenido en el StGB alemán. En este ámbito son diversas las cuestiones novedosas que se tratan en esta 5.^a edición del Tratado como consecuencia de las modificaciones operadas por la reforma de 1992 —anteriormente citada— destinadas a combatir la criminalidad organizada: y así, se procede al estudio de la pena patrimonial (§ 43a StGB), se analizan las modificaciones operadas en la figura de la confiscación de los beneficios del delito (vid. §§ 73-73c StGB) que han supuesto una ampliación del alcance de su objeto con la incorporación del principio de ganancia bruta (vid. *supra* § 76 I 3) y se procede a un análisis muy crítico de la confiscación “ampliada” de los beneficios (§ 73d StGB) cuya regulación genera no pocos interrogantes sustantivos, procesales y constitucionales. A todo ello hay que añadir el análisis de las repercusiones que trajo consigo la declaración parcial de inconstitucionalidad que hizo el BVerfG de algunos párrafos relativos a la medida de seguridad consistente en el internamiento en un centro de desintoxicación, por considerar que la protección del derecho fundamental a la libertad (art. 2 II 2 GG) exige un ajuste más intenso de dicha medida a la idea de tratamiento (vid. BVerfGE 91, 1).

En este contexto tampoco podemos dejar de aludir al tratamiento que se hace en esta nueva edición de la introducción en el StGB de lo que ya se ha dado en llamar la “tercera vía” del Derecho penal. Nos referimos, naturalmente, a la previsión de la reparación del daño por parte del autor como medio de reacción del Derecho penal ante la comisión de determinados delitos. En Alemania esta posibilidad se hizo efectiva con la introducción en el StGB del § 46a por medio de la Ley para la Lucha contra el Delito de 28.10.1994 (BGBl. I p. 3186). Con la incorporación del precepto mencionado se crea la posibilidad de dispensar de la pena o de atenuarla cuando el autor se esfuerza en reconciliarse con la víctima, cuando aquel ha reparado la mayoría o la totalidad del perjuicio causado o, al menos, cuando ha pretendido esto último seriamente (§ 46a núm. 1 StGB). Asimismo, la disposición citada permite —sin necesidad de pasar por un procedimiento de reconciliación— dispensar de la pena o atenuarla si el autor, a través de una “prestación personalísima” o una “renuncia” del mismo carácter, ha compensado en todo o en parte a la víctima (§ 46a núm. 2 StGB).

Pero, además de los aspectos señalados, la presente edición incorpora otras novedades que sin duda serán de gran utilidad para el lector especializado. A pesar de que por la fecha de la 5.^a edición del Tratado no pueden tenerse en cuenta reformas posteriores al año 1996, se han actualizado todas las remisiones a la Parte Especial del StGB a las reformas que ha sufrido la regulación concreta de numerosas figuras delictivas y, en especial, las operadas a través de la 6. StrRG de 26.1.1998 (BGBl. I p. 164). También es digna de ser mencionada la actualización que hemos realizado en torno a la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I p. 160), de tintes claramente defensasistas, por la que —entre otras cuestiones— se deroga el límite máximo de 10 años para la primera vez que se impone el internamiento bajo custodia de seguridad (vid. § 67d III StGB), se lleva a cabo una ampliación de la libertad vigilada (§§ 68c ss. StGB) que en ciertos casos puede ser de duración indeterminada (§ 68c II StGB), se endurecen los requisitos para la libertad condicional (§ 57 StGB) y se intensifica la supervisión penitenciaria de delincuentes sexuales en los centros de terapia social (§§ 6 II 2, 7 IV, 9, 199 III StVollzG). Creemos que con todo ello la edición que ahora se publica gana muchísimo en interés y actualidad, convirtiéndola nuevamente en un instrumento de uso indispensable para quien quiera aproximarse a la actual realidad jurídico-penal alemana.

Concluyo esta nota introductoria con los agradecimientos que ineludiblemente debo expresar. Ante todo, mi gratitud hacia los profesores *Jescheck* y *Weigend* por la confianza depositada en mí para la traducción del Tratado; especialmente hacia el primero, pues el Prof. *Jescheck* accedió generosamente a mi propuesta de realizar una *revisión íntegra* del manuscrito en español formulándome muchas sugerencias e indicaciones que hacen que la presente traducción refleje —o al menos eso hemos intentado— lo más fidedignamente posible el espíritu de la versión original. En este sentido también tengo que mencionar al Prof. *Manzanares Samaniego* por la generosidad y disposición que desde un primer momento mostró a ayudarme ante cualquier dificultad que me pudiera surgir en la traducción del Tratado. Como en las dos ediciones anteriores también aquí la traducción ha partido de cero, por lo que los fallos o defectos que contenga son exclusivamente imputables a la labor del traductor. Necesario es también hacer el oportuno reconocimiento al apoyo que siempre recibo de mis compañeros y amigos de disciplina. A mi querido maestro, el Prof. *Morillas Cueva*, por su permanente apoyo, estímulo y motivación, algo que se agradece muy especialmente en las etapas más duras de esta profesión universitaria. A la Prof.^a *Castelló Nicás* por haberme alentado decisivamente a realizar un trabajo que ha supuesto para mí un verdadero reto idiomático y personal. A los profesores *Aránguez Sánchez*, *Barquín Sanz*, *Martínez Ruiz*, *Padilla Alba*, *Suárez López* y a la Prof.^a *Jiménez Díaz*, por su apoyo personal y profesional en tantas y tantas ocasiones. Y para terminar, cómo no, a la Prof.^a *Möller-Runge* por sus clases de iniciación, todavía durante mi etapa como estudiante, en el rico y apasionante idioma alemán. Espero muy sinceramente que tanto el esfuerzo de todos ellos como el mío propio sean de utilidad al lector.

Miguel Olmedo Cardenete

Granada-Friburgo de Brisgovia, diciembre de 2001

ÍNDICE GENERAL

VOLUMEN I

Prólogo a la 5. ^a edición alemana.....	VII
Nota preliminar del traductor	IX
Índice de abreviaturas	XIII
Abreviaturas.....	XXXI

Introducción: Fundamentos generales

§ 1 La misión del Derecho penal	1
I. La protección de la sociedad.....	2
II. Función represiva y preventiva del Derecho penal	5
III. Protección de bienes jurídicos y de valores ético-sociales.....	10
§ 2 Conceptos básicos del Derecho penal.....	12
I. Derecho penal y poder punitivo	14
II. Delito, pena y medida de seguridad.....	19
III. Las sanciones no penales	21
§ 3 Posición sistemática, estructura, reforma global del Derecho penal, Tratado de la unificación alemana.....	22
I. El Derecho penal como Derecho público	23
II. Los tres ámbitos del Derecho penal	24
III. La Parte General y Especial del Código Penal.....	27
IV. La reforma global del Derecho penal alemán	28
V. El Derecho penal de acuerdo con el Tratado de la Unificación alemana	30
§ 4 Principios de la Política criminal.....	31
I. El principio de culpabilidad	34
II. El principio del Estado de Derecho	38
III. El principio de humanidad.....	40
§ 5 El reflejo estadístico de la criminalidad y la aplicación del Derecho penal	41
I. Generalidades sobre la estadística criminal	42

II.	El desarrollo de la criminalidad global (delitos graves y menos graves) comprobada judicialmente durante el Imperio alemán y la República Federal entre 1882 y 1991.....	44
III.	El desarrollo de la criminalidad juvenil comprobada judicialmente en el Imperio alemán y en la República Federal de Alemania entre 1882 y 1991 así como la criminalidad de semiadultos entre 1954 hasta 1991	47
IV.	Delitos conocidos y aclarados	50
V.	Aplicación de las penas y de las medidas de seguridad	51
VI.	Presos y custodiados entre 1969 y 1991 en ambos casos a 31 de marzo según la clase y duración de la privación de libertad y la edad personal..	55
§ 6	Las Ciencias Criminales.....	57
I.	La Ciencia del Derecho penal (Derecho penal material) y sus disciplinas cercanas.....	61
II.	La Criminología y sus disciplinas cercanas.....	66

Primera Parte

LA LEY PENAL

Capítulo 1: Los elementos de la Ley penal

§ 7	El delito	74
I.	El delito como injusto merecedor de pena	74
II.	El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal	78
III.	Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor	80
IV.	La clasificación de las acciones punibles.....	82
V.	Delitos e infracciones administrativas	84
§ 8	La pena	90
I.	Origen, justificación y naturaleza de la pena.....	95
II.	Las posibilidades de interpretación del sentido de la pena.....	98
III.	Teorías absolutas de la pena.....	104
IV.	Teorías relativas de la pena	106
V.	Las teorías de la unión.....	112
VI.	La condena condicional.....	117
§ 9	Las medidas de seguridad	121
I.	La doble vía del Derecho penal.....	122
II.	Justificación y crisis de la doble vía	126
III.	Presupuestos y duración de las medidas de seguridad.....	129

Capítulo 2: Las fuentes del Derecho penal

§ 10	Breve recorrido por la historia del Derecho penal alemán hasta el Código penal imperial de 1871	131
I.	El período germánico	133
II.	El período franco	134
III.	La Edad Media.....	135
IV.	La recepción del Derecho romano-italiano	136
V.	El Derecho común	138
VI.	La Ilustración	139
VII.	La época de los Derechos penales particulares.....	141
VIII.	El origen del Código Penal imperial de 1871.....	141
§ 11	La reforma del Derecho penal material alemán.....	142
I.	La reforma hasta la Primera Guerra Mundial.....	145
II.	La labor de reforma político-criminal de la República de Weimar.....	146
III.	La reforma del Derecho penal durante la época del nacional-socialismo y la reacción de las fuerzas de ocupación.....	147
IV.	La labor de reforma durante la República Federal.....	148
§ 12	Fuentes del Derecho penal federal además del StGB.....	157
I.	Derecho penal codificado y no codificado	158
II.	Las leyes penales principales	160
III.	Otras leyes penales especiales.....	162
IV.	El Derecho consuetudinario	163
§ 13	La jerarquía de las fuentes del Derecho penal	165
I.	La relación entre el Derecho penal federal y el territorial	166
II.	La relación entre la ley y el reglamento en Derecho penal.....	169
§ 14	El Derecho internacional penal.....	171
I.	La relación entre el Derecho penal estatal y el Derecho internacional penal	174
II.	El desarrollo del Derecho internacional penal.....	175
III.	Los presupuestos jurídicos del Derecho internacional penal.....	180
IV.	Los tipos penales del Derecho internacional penal.....	182

Capítulo 3: Ley penal y Estado de Derecho

§ 15	La función garantista de la Ley penal	185
I.	El significado de la técnica legislativa para la función garantista de la Ley penal	188
II.	El desarrollo histórico del principio de legalidad.....	193

III. La función garantista de la Ley penal en el Derecho vigente	196
IV. Especial referencia a la prohibición de retroactividad.....	202
§ 16 El principio “in dubio pro reo” y la determinación alternativa del hecho	210
I. Esencia y naturaleza jurídica del principio “in dubio pro reo” y su relación con la determinación alternativa del hecho.....	211
II. El principio “in dubio pro reo” según el Derecho vigente.....	214
III. Desarrollo, alcance actual y valoración de la determinación alternativa del hecho	216
§ 17 La interpretación de la Ley penal	221
I. Los argumentos de la lógica jurídica.....	223
II. Interpretación y subsunción	224
III. Necesidad y libertad de la interpretación	226
IV. Las clases de interpretación.....	227

Capítulo 4: El ámbito de vigencia del Derecho penal alemán

§ 18 El ámbito de vigencia internacional	236
I. Concepto, límites e ideas fundamentales del Derecho penal internacional..	240
II. Los principios del Derecho penal internacional	245
III. El Derecho penal internacional del StGB	252
IV. El lugar de comisión del delito	261
V. El dolo en Derecho penal internacional.....	265
VI. Conceptos extrapenales del Derecho penal internacional.....	266
VII. Excurso: Derecho penal europeo	268
§ 19 El ámbito de vigencia personal.....	275
I. El concepto de ámbito de vigencia personal del Derecho penal alemán..	275
II. Inviolabilidad e inmunidad según el Derecho constitucional.....	276
III. Privilegios de Derecho internacional	278
§ 20 El ámbito de vigencia interior en Alemania.....	280
I. Concepto, vigencia y puntos de conexión del Derecho penal interlocal	280
II. El desarrollo del Derecho penal interlocal y su aplicación en la República Federal antes de la integración de la RDA	283
III. Las relaciones entre el Derecho penal de la República Federal y el Derecho penal todavía vigente de la desaparecida RDA.....	284

Segunda Parte EL DELITO

Capítulo 1: Fundamentos generales

§ 21	Sentido, método y estructura de la teoría general del delito	289
I.	El sentido de la teoría general del delito.....	290
II.	El método de la teoría general del delito.....	292
III.	La formación del concepto de delito.....	295
§ 22	Las etapas del desarrollo de la moderna teoría del delito	296
I.	Las etapas previas a la moderna teoría del delito	297
II.	El concepto clásico de delito.....	299
III.	El concepto neoclásico de delito.....	302
IV.	La doctrina del Derecho penal en la Escuela de Kiel.....	309
V.	El concepto de delito del finalismo.....	309
VI.	Su desarrollo más reciente	317
§ 23	El concepto penal de acción y las cuestiones relacionadas con ella	321
I.	Necesidad, función y requisitos del concepto de acción.....	323
II.	Estructura y crítica del concepto causal de acción.....	324
III.	Estructura y crítica del concepto final de acción	326
IV.	El concepto negativo de acción.....	328
V.	El concepto personal de acción.....	329
VI.	El concepto social de acción	329
VII.	Sanciones contra personas jurídicas y asociaciones de personas.....	334
VIII.	La actuación en nombre de otro (responsabilidad de órganos y representantes)	339

Capítulo 2: El delito de comisión dolosa

Sección 1.ª: La antijuricidad

Subsección a): La antijuricidad y su relación con el tipo

§ 24	Concepto y esencia de la antijuricidad	344
I.	Antijuricidad formal y material	344
II.	La norma jurídica como norma de valoración y determinación	348
III.	El desvalor de acción y de resultado en el injusto.....	352

§ 25	Antijuricidad y tipo	360
I.	El tipo como tipo de injusto	360
II.	Tipos “abiertos” y elementos de valoración global	364
III.	La teoría de los elementos negativos del tipo	366
IV.	Tipo y adecuación social	370
V.	Tipo y principio “victimodogmático”	374
§ 26	La estructura de los tipos penales	375
I.	Bien jurídico y objeto material	378
II.	Las clases de tipos penales	383
III.	La formación de los grupos de tipos	395
IV.	Elementos descriptivos y normativos del tipo	397
V.	Casos especialmente graves, menos graves y ejemplos reglados	399

Subsección b): Los elementos del tipo de injusto

§ 27	Los elementos objetivos del tipo	402
I.	La esencia de lo “objetivo” en el tipo	402
II.	Los elementos objetivos del tipo en particular	404
§ 28	Causalidad e imputación objetiva	405
I.	Causalidad e imputación objetiva como fundamentos de la responsabilidad penal	408
II.	La comprobación de la causalidad	411
III.	Limitaciones de la imputación objetiva de acuerdo con la teoría expuesta	418
IV.	La moderna teoría de la imputación objetiva	422
V.	Las teorías individualizadoras de la causalidad	426
§ 29	Dolo y error de tipo	426
I.	El requisito de la comisión dolosa del hecho	429
II.	Origen, esencia y objeto del dolo	431
III.	Las clases de dolo	437
IV.	Dolo y finalidad	448
V.	El error de tipo	449
§ 30	Los elementos subjetivos del tipo	466
I.	Naturaleza, descubrimiento y delimitación de los elementos subjetivos del tipo	467
II.	Los elementos subjetivos del tipo en el Derecho vigente	470
III.	El tratamiento de los elementos subjetivos del tipo	472

Subsección c): La exclusión de la antijuricidad

§ 31	Fundamentos generales de la justificación de las acciones típicas	473
I.	La relación entre la norma de prohibición y la proposición permisiva.....	475
II.	La sistemática de las causas de justificación.....	478
III.	Origen y tipificación de las causas de justificación	481
IV.	Los elementos subjetivos de justificación	483
V.	La suposición errónea de una causa de justificación	488
VI.	Consecuencias derivadas de las causas de justificación	488
VII.	Atenuación de la pena en las causas de justificación incompletas	491
§ 32	La legítima defensa.....	492
I.	Naturaleza jurídica de la legítima defensa	495
II.	La estructura del concepto de legítima defensa	497
III.	Restricciones al derecho de defensa.....	507
IV.	El auxilio necesario.....	513
V.	La legítima defensa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos....	514
VI.	Exceso y legítima defensa putativa.....	515
VII.	Derecho extranjero.....	515
§ 33	El estado de necesidad justificante	517
I.	La distinción entre las clases de estado de necesidad	520
II.	La defensa de cosas (estado de necesidad civil defensivo)	523
III.	El estado de necesidad civil agresivo	525
IV.	El estado de necesidad justificante (§ 34)	528
V.	El conflicto de deberes de naturaleza justificante	538
VI.	La autorización oficial como causa de justificación	541
VII.	Derecho extranjero.....	544
§ 34	Consentimiento y consentimiento presunto del ofendido.....	546
I.	La aprobación del afectado y su tratamiento en Derecho penal.....	548
II.	El consentimiento como causa de justificación	554
III.	El ámbito de eficacia del consentimiento justificante.....	557
IV.	Los requisitos de la declaración del consentimiento	561
V.	El conocimiento del consentimiento por el autor	565
VI.	Derecho extranjero.....	565
VII.	El consentimiento presunto.....	567
§ 35	La actuación en el ejercicio de facultades públicas y otros casos cercanos	573
I.	La utilización de la coacción del Estado como causa de justificación...	575
II.	El mandato oficial y la orden militar como causas de justificación	579

III. El derecho de corrección	582
IV. La actuación "pro magistratu"	585
§ 36 El riesgo permitido	589
I. El riesgo permitido como principio estructural	590
II. Causas de justificación que poseen la estructura del riesgo permitido ...	591

Sección 2.ª: La culpabilidad

Subsección a): Los fundamentos de la teoría de la culpabilidad

§ 37 Fundamentos antropológicos del concepto de culpabilidad	596
I. Principio de culpabilidad y libre albedrío	599
II. La conciencia como fuente de conocimiento del Derecho y del injusto	608
III. El modelo de la estructura estratificada de la persona	611
§ 38 Los fundamentos dogmáticos del concepto de culpabilidad	613
I. Culpabilidad jurídica y moral	615
II. Las distintas etapas en el desarrollo de la teoría de la culpabilidad	617
III. Concepto formal y material de la culpabilidad	621
IV. Culpabilidad por el hecho individual y culpabilidad por el modo de vida	622
§ 39 Delimitación, contenido y estructura de la culpabilidad	623
I. Antijuricidad y culpabilidad	625
II. El objeto del juicio de culpabilidad	627
III. La medida del juicio de culpabilidad	628
IV. Los elementos que integran el concepto de culpabilidad (la culpabilidad como fundamento de la pena)	631

Subsección b): Los elementos de la culpabilidad

§ 40 La capacidad de culpabilidad (imputabilidad)	633
I. El concepto de la capacidad de culpabilidad	637
II. Las etapas de la capacidad de culpabilidad	639
III. Incapacidad de culpabilidad motivada por trastornos mentales	643
IV. La capacidad de culpabilidad disminuida	652
V. Derecho extranjero	654
VI. La <i>actio libera in causa</i>	656
VII. El tratamiento de la embriaguez en Derecho penal	660

Índice general	XXI
§ 41 Conciencia de la antijuricidad y error de prohibición	662
I. La conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad ...	666
II. El error sobre la norma de prohibición (error de prohibición directo).	672
III. El error sobre las causas de justificación (error de prohibición indirecto)..	679
IV. El error de tipo permisivo.....	681
V. Derecho extranjero.....	688
§ 42 El tipo de culpabilidad y sus elementos.....	690
I. Naturaleza y función del tipo de culpabilidad.....	691
II. Los elementos del tipo de culpabilidad.....	693
III. Problemas relativos al error y la participación	697
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO GENERAL	701

VOLUMEN II

Capítulo 2: El delito de comisión dolosa (Continuación)

Subsección c): Las causas de exculpación

§ 43 Fundamentos de la exculpación de acciones típicamente antijurídicas	717
I. Exclusión de la antijuricidad y exculpación	718
II. Exclusión de la culpabilidad y exculpación	719
III. Aspectos fundamentales de las causas de exculpación.....	720
§ 44 El estado de necesidad exculpante.....	722
I. La situación de necesidad	725
II. La acción necesaria.....	729
III. La restricción del estado de necesidad a través de la cláusula de exigibilidad	730
IV. Atenuación de la pena en los supuestos de exigibilidad de la situación de necesidad.....	735
V. El error sobre el estado de necesidad	736
VI. Derecho extranjero	737
§ 45 El exceso en la legítima defensa.....	739
I. Legítima defensa y exceso defensivo	739
II. Exceso en la legítima defensa por confusión, miedo o pánico	740

§ 46	Actuación en virtud de obediencia debida.....	744
I.	La actuación en cumplimiento de obediencia debida como causa de justificación y de exculpación	745
II.	Los límites del efecto exculpante en la orden no vinculante	747
III.	Derecho extranjero.....	751
§ 47	Colisión de deberes, inexigibilidad y actuación en conciencia como causas de exculpación supraleales	753
I.	El conflicto de deberes como causa de exculpación supraleal.....	755
II.	La inexigibilidad como causa de exculpación supraleal.....	758
III.	El delito cometido por una decisión adoptada en conciencia	761
§ 48	El error sobre las causas de exculpación.....	763
I.	Naturaleza jurídica del error sobre las causas de exculpación.....	763
II.	El tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de exculpación	764

Sección 3.ª: Los grados del delito doloso

§ 49	Concepto, tipo y punición de la tentativa	766
I.	Panorámica de la historia dogmática de la tentativa	770
II.	El fundamento de la tentativa.....	771
III.	El tipo de la tentativa	775
IV.	La delimitación entre tentativa y preparación	779
V.	El castigo de la tentativa	784
VI.	El castigo de los actos preparatorios.....	787
VII.	Supuestos especiales de tentativa	788
VIII.	El delito de emprendimiento.....	790
IX.	Derecho extranjero.....	792
§ 50	La tentativa inidónea y el delito irreal	795
I.	La punibilidad de la tentativa inidónea.....	796
II.	La impunidad del delito irreal	800
III.	El error acerca de la idoneidad del sujeto	803
§ 51	El desistimiento de la tentativa	805
I.	El fundamento jurídico de la impunidad del desistimiento voluntario de la tentativa.....	808
II.	La distinción entre tentativa inacabada y acabada.....	811
III.	El desistimiento de la tentativa inacabada (§ 24 I 1 en su primera alternativa)	816

IV. El desistimiento de la tentativa acabada (§ 24 I 1, en su segunda alternativa)	819
V. El desistimiento del delito consumado, de los actos preparatorios autónomos y de los delitos de emprendimiento	821
VI. Efectos del desistimiento	823

Sección 4.ª: Presupuestos de la punibilidad fuera del injusto y de la culpabilidad

§ 52 Las causas personales de exclusión y de revocación de la pena	828
I. Naturaleza de las excepciones personales de la punibilidad	828
II. Clases de excepciones personales de la punibilidad	830
III. Tratamiento de las excepciones personales de la punibilidad	832
§ 53 Las condiciones objetivas de punibilidad	833
I. Concepto y función de las condiciones objetivas de punibilidad	834
II. Las condiciones objetivas de punibilidad en particular	839
III. Tratamiento de las condiciones objetivas de punibilidad	840

Capítulo 3: Las formas especiales de manifestación de la acción punible

Sección 1.ª: El delito de comisión imprudente

§ 54 Concepto y clases de imprudencia	842
I. El concepto de imprudencia	845
II. Clases y grados de imprudencia	852
III. Tratamiento de las combinaciones dolo-imprudencia	855
IV. Tentativa y participación en los delitos imprudentes	860
V. Derecho extranjero	863
§ 55 El tipo de injusto del delito imprudente	865
I. La infracción del deber objetivo de cuidado	867
II. Acaecimiento, causación y previsibilidad del resultado	874
§ 56 Causas de justificación en el delito imprudente	882
I. La aplicabilidad de las causas de justificación a los delitos imprudentes	883
II. Legítima defensa, estado de necesidad justificante y consentimiento del ofendido en los hechos imprudentes	885

III. Problemas especiales del riesgo permitido y del comportamiento adecuado a la seguridad del tráfico	888
§ 57 La culpabilidad en el delito imprudente.....	889
I. Capacidad de culpabilidad y conciencia de la antijuricidad	890
II. La reconocibilidad y el cumplimiento del deber objetivo de cuidado ..	891
III. La previsibilidad subjetiva del resultado y del curso causal.....	894
IV. La inexigibilidad del comportamiento adecuado a la norma	896

Sección 2.ª: El delito de omisión

§ 58 Concepto, clases y problemática fundamental del delito omisivo.....	898
I. Rasgos esenciales de la historia dogmática del delito de omisión.....	901
II. La distinción entre el hacer positivo y la omisión.....	903
III. La distinción entre delitos de omisión propia e impropia	907
IV. La función de garantía de la Ley penal en los delitos de omisión impropia no regulados legalmente	912
V. La atenuación facultativa de la pena en los delitos de omisión impropia	915
VI. Derecho extranjero.....	917
§ 59 El tipo del delito de omisión.....	920
I. La concurrencia de la situación típica	922
II. La ausencia de la acción esperada y la capacidad individual de acción.	924
III. Resultado y causalidad en los delitos de omisión	926
IV. La posición de garante en el delito de omisión impropia(primer criterio de equivalencia)	929
V. La correspondencia con los elementos de la acción (segundo criterio de equivalencia).....	942
VI. El dolo en los delitos de omisión	944
VII. La imprudencia en los delitos de omisión.....	948
VIII. La exigibilidad en los delitos de omisión	950
§ 60 Conciencia del injusto y error sobre el mandato, tentativa y participación en los delitos de omisión	951
I. Conciencia del injusto y error sobre el mandato	952
II. La tentativa de omisión	954
III. Omisión y participación.....	957

Capítulo 4: Autoría y participación

§ 61	Fundamentos de la teoría de la autoría y la participación	959
I.	La posición sistemática de la teoría de la autoría y la participación	963
II.	El concepto unitario de autor y la distinción de las distintas formas de colaboración	965
III.	Concepto restrictivo de autor y teoría de la participación	969
IV.	Concepto extensivo de autor y teoría subjetiva de la participación	972
V.	La teoría del dominio del hecho	975
VI.	La intervención en el delito imprudente	979
VII.	La dependencia de la participación del hecho principal (accesoriedad)	980
VIII.	Derecho extranjero	988
§ 62	La autoría mediata	991
I.	Naturaleza y delimitación de la autoría mediata	992
II.	Los grupos de casos de la autoría mediata	995
III.	El tratamiento de los supuestos de error	1003
IV.	Tentativa y omisión en la autoría mediata	1005
§ 63	La coautoría	1007
I.	Concepto y delimitación de la coautoría	1008
II.	La resolución delictiva común	1013
III.	La ejecución conjunta del hecho	1016
IV.	Tentativa y omisión en la coautoría	1018
V.	La punición de la coautoría	1020
§ 64	Inducción y complicidad	1020
I.	El fundamento de la pena en la participación	1023
II.	La inducción	1026
III.	La complicidad	1033
IV.	La concurrencia de varias formas de colaboración	1041
V.	La participación necesaria	1042
§ 65	La inducción intentada a delitos graves y otros estadios iniciales de la colaboración delictiva	1045
I.	Fundamentos generales	1046
II.	La inducción intentada (§ 30 I)	1050
III.	Acuerdo, aceptación del ofrecimiento y declaración de estar dispuesto a cometer un delito grave	1052
IV.	El desistimiento de la tentativa de colaboración (§ 31)	1054
V.	La subsidiariedad del § 30	1055

Capítulo 5: Unidad y pluralidad de hechos punibles

§ 66	Unidad de acción y pluralidad de acciones	1057
I.	Origen y criterios de los conceptos de unidad de acción y pluralidad de acciones	1057
II.	Origen y criterios de los conceptos de unidad de acción y pluralidad de acciones	1059
III.	La unidad típica de acción en sentido estricto	1062
IV.	La unidad típica de acción en sentido amplio	1063
V.	Unidad de acción y pluralidad de acciones en los delitos imprudentes y de omisión	1065
VI.	El delito continuado	1066
§ 67	El concurso ideal	1072
I.	La naturaleza del concurso ideal	1073
II.	Formas de aparición del concurso ideal	1074
III.	Supuestos especiales del concurso ideal	1078
IV.	El tratamiento del concurso ideal	1081
V.	Derecho extranjero	1083
§ 68	El concurso real	1084
I.	Naturaleza del concurso real	1085
II.	Tratamiento del concurso real	1086
III.	La formación de la pena global	1088
§ 69	La unidad de Ley	1092
I.	Naturaleza de la unidad de Ley	1093
II.	Los grupos de casos de la unidad de Ley	1094
III.	Tratamiento de la unidad de Ley	1101

Tercera Parte LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

§ 70	Tendencias y problemas de la Política criminal	1105
I.	Compensación por la culpabilidad y prevención como puntos de vista directrices	1108
II.	Las sanciones en particular	1113
§ 71	Excurso: La pena de muerte	1122
I.	La abolición de la pena de muerte en Alemania	1124
II.	La pena de muerte en Derecho internacional y en el extranjero	1126

Capítulo 1: Penas y consecuencias accesorias

§ 72	La pena de prisión	1129
I.	La cadena perpetua.....	1131
II.	La prisión temporal.....	1133
III.	La pena corta de prisión	1134
IV.	La ejecución de la pena de prisión	1139
V.	Derecho extranjero.....	1142
§ 73	La pena de multa y la pena patrimonial	1144
I.	La pena de multa en el sistema de sanciones penales.....	1147
II.	El cálculo de la pena de multa según el sistema de días-multa.....	1150
III.	Ejecución de la pena de multa.....	1157
IV.	La pena patrimonial (§ 43a).....	1160
V.	La pena de multa en Derecho extranjero	1165
§ 74	La prohibición de conducir	1168
§ 75	Las consecuencias accesorias	1172
I.	Pérdida de la capacidad para ser funcionario y del derecho de sufragio activo y pasivo (§§ 45-45b).....	1173
II.	La publicación de la sentencia (§§ 103 II, 165, 200).....	1177
§ 76	La privación de los beneficios y el comiso	1178
I.	Privación de los beneficios.....	1180
II.	El comiso (§§ 74-75)	1189
III.	Efectos de la privación de los beneficios y del comiso	1195
IV.	Procedimiento en la pérdida de beneficios y el comiso.....	1195

Capítulo 2: Medidas de corrección y aseguramiento

§ 77	Medidas de seguridad que conllevan privación de libertad.....	1196
I.	Generalidades.....	1199
II.	El internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63)	1205
III.	El internamiento en un centro de desintoxicación (§ 64)	1211
IV.	El internamiento en un centro de terapia social.....	1214
V.	El internamiento bajo custodia de seguridad (§ 66).....	1215
VI.	El sistema de vía única en la ejecución de las medidas de seguridad ligadas a la privación de libertad.....	1222

§ 78	Medidas de seguridad que no conllevan privación de libertad.....	1225
I.	La libertad vigilada (§ 68-68g)	1227
II.	La privación del permiso de conducir (§§ 69-69b)	1232
III.	La inhabilitación profesional (§§ 70-70b)	1239

Capítulo 3: Suspensión condicional de la pena, amonestación con reserva de pena y dispensa de la pena

§ 79	Suspensión condicional de la pena de prisión.....	1243
I.	La suspensión condicional de la pena (§§ 56-56g).....	1245
II.	La libertad condicional o suspensión a prueba del resto de la pena (§§ 57-57b)	1266
§ 80	La amonestación con reserva de pena.....	1275
I.	Esencia y naturaleza jurídica de la amonestación	1276
II.	El significado político-criminal de la amonestación	1277
III.	Requisitos de la amonestación	1280
IV.	Contenido y ejecución de la resolución	1282
§ 81	Dispensa de la pena y declaración de impunidad.....	1284
I.	La dispensa de la pena según el § 60.....	1286
II.	La dispensa de la pena en la conciliación entre autor y víctima	1288
III.	La dispensa de la pena en caso de injusto o culpabilidad reducida	1292

Capítulo 4: La individualización de la pena

§ 82	Fundamentos de la individualización de la pena.....	1295
I.	Individualización de la pena y aplicación del Derecho	1298
II.	Individualización de la pena y marco punitivo legal.....	1299
III.	La igualdad en la individualización de la pena	1304
IV.	La individualización y los fines de la pena	1306
V.	El control de la individualización de la pena por los tribunales de casación.....	1314
VI.	Derecho extranjero.....	1315
§ 83	Circunstancias relevantes para la individualización de la pena	1318
I.	Significado general del § 46 II.....	1319
II.	El contenido de injusto y de culpabilidad del hecho	1321
III.	La personalidad del autor	1325
IV.	El comportamiento del autor posterior al hecho.....	1330

V. Especialidades del proceso penal como causa de atenuación de la pena	1336
VI. Causas de atenuación de la pena previstas legalmente (§ 49)	1339
VII. La prohibición de la doble valoración (§§ 46 III, 50)	1342
§ 84 El abono de los perjuicios sufridos durante el proceso a la pena.....	1344
I. El abono de la prisión preventiva.....	1345
II. El abono de penas ya ejecutadas	1348

Capítulo 5: Los requisitos procesales en el StGB

§ 85 Querrela y autorización.....	1349
I. La querrela (§§ 77-77d).....	1350
II. Autorización y querrela (§ 77e).....	1355
§ 86 Prescripción	1356
I. La prescripción de la persecución penal (§§ 78-78c).....	1357
II. La prescripción de la ejecución penal (§§ 79-79b).....	1366

Capítulo 6: La rehabilitación del condenado

§ 87 Las inscripciones y su cancelación en el Registro Central Federal.....	1367
I. Evolución y reforma de la normativa registral.....	1368
II. Las inscripciones en el registro.....	1369
III. Información registral.....	1369
IV. La cancelación de las inscripciones	1371
§ 88 El indulto.....	1373
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO GENERAL	1377
ÍNDICE ANALÍTICO	1393

Índice de abreviaturas

AcP	= Archiv für civilistische Praxis (citada por tomo, año y página).
AE	= Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. ^a Ed. 1969 (Proyecto Alternativo de Código Penal. Parte General).
AE, Bes. Teil Polit. Strafr.	= Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil (Proyecto Alternativo de Código Penal. Parte Especial). Politisches Strafrecht, 1968.
AE, Bes. Teil Sexualdelikte	= Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil. Sexualdelikte. Straftaten gegen Ehe, Familie und Personenstand usw., 1968 (Proyecto Alternativo de Código Penal. Parte Especial. Delitos sexuales. Delitos contra el honor, la familia y el estado civil de las personas, etc.).
AE, Bes. Teil Straft. Geg. d. Pers. 1. u. 2. Halbbd.	= Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person, 1. Halbband 1970; 2. Halbband 1971. (Proyecto Alternativo de Código Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas).
AE-StVollzG	= Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 1973 (Proyecto Alternativo de Ley Penitenciaria).
AE-WGM	= Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, 1992 (Proyecto Alternativo sobre Reparación del Daño).
AG	= Aktiengesellschaft (sociedad anónima); Amtsgericht (juzgado de primera instancia).
AHK	= Alliierte Hohe Kommission (Junta Superior Aliada).
AIDP	= Association Internationale de Droit Pénal.
AJIL	= American Journal of International Law (citada por tomo, año y página).
AK (nombre del autor)	= Kommentar zum Strafgesetzbuch (Serie alternativkommentaren), Tomo I, §§ 1-21, 1990 (Editor, R. Wassermann).
AK GG (nombre del autor)	= Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare) (Comentarios a la Constitución de la República Federal de Alemania) (Serie Comentarios Alternativos), Tomo 1, §§ 1-21, 1990 (ed. R. Wassermann).

AK StPO (nombre del autor)	= Kommentar zur Strafprozeßordnung (Reihe Alternativkommentare) (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal) (Serie Comentarios Alternativos), Tomo 1 (§§ 1-93), 1988; Tomo 2, Vol. 1 (§§ 94-212b), 1992, Vol. 2 (§§ 213-275), 1993.
AktG	= Aktiengesetz (Ley de Sociedades Anónimas) de 6.9.1965 (BGBl. I pág. 1089-Schönfelder núm. 51).
Allg. Teil	= Allgemeiner Teil (Parte General).
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten de 1794.
An der pen	= Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid (citado por año y página).
Anh.	= Anhang (apéndice).
Anm.	= Anmerkung (comentario).
AO	= Abgabenordnung (AO 1977) (Ordenanza tributaria) en su redacción de 16.3.1976 (BGBl. I pág. 613).
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts (citada por tomo, año y página).
ApothekenG	= Gesetz über das Apothekenwesen (Ley de Farmacias) en su redacción de 15.10.1980 (BGBl. I pág. 1993).
ArchVR	= Archiv des Völkerrechts (citado por tomo, año y página).
ARSP	= Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie (citada por año y página).
AtomG	= Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Ley sobre la explotación pacífica de la energía nuclear y de la protección frente a sus peligros) en su redacción de 15.7.1985 (BGBl. I pág. 1565-Sartorius I núm. 835).
Aufl.	= Auflage (Edición).
AuslG	= Ausländergesetz (Ley de Extranjería) de 9.7.1990 (BGBl. I pág. 1354-Sartorius I núm. 835).
AV	= Allgemeine Verfügung.
Avant-Projet (français)	= Projet de loi portant réforme du code pénal. Présenté par Robert Badinter. No. 300. Sénat. Deuxième session extraordinaire de 1985-1986. Annexe au procès-verbal du 20 février 1986.
AWG	= Außenwirtschaftsgesetz (Ley de comercio exterior) en la redacción de 28.4.1961 (BGBl. I pág. 481).
BA	= Blutalkohol. Wissenschaftliche Zeitschrift für die medizinische und juristische Praxis (citada por año y página).
Bad. GVOBl.	= vid. GVBl.
BAG	= Bundesarbeitsgericht (Tribunal Federal de lo Social).
BAnz.	= Bundesanzeiger (Boletín Federal).
BayGVBl.	= Bayerisches Gesetz-und Verordnungsblatt (Boletín Oficial bávaro de Leyes y Reglamentos).
BayLStVG	= Bayerisches Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentl. Sicherheit und Ordnung (Landesstraf-und Verordnungs-gesetz) (Ley de Baviera sobre Derecho Penal Territorial y Derecho Reglamentario en el ámbito de la Seguridad y el Orden Público) en su redacción de 13.12.1982 (BayGVBl. pág. 1098).

BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Superior de Baviera); Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, Neue Folge (resoluciones del Tribunal citado en causas penales) (citada por año y página).
BBG	= Bundesbeamtengesetz en su redacción de 27.2.1995 (BGBl. I pág. 479-Sartorius I núm. 60) (Ley Federal de Funcionarios).
BDH	= Bundesdisziplinarhof; Entscheidungen des Bundesdisziplinarhofes (Tribunal Federal Disciplinario; sentencias del Tribunal Federal Disciplinario) (citadas por tomo y página).
BdI	= Bundesministerium des Innern (Ministerio Federal de Interior).
BDO	= Bundesdisziplinarordnung (Ordenanza disciplinar federal) en la redacción de 20.7.1967 (BGBl. I pág. 751-Sartorius I núm. 220).
Bericht	= Bericht des Sonderausschusses "Strafrecht" des Deutschen Bundestages über die Beratung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, en: Drucksachen des Deutschen Bundestages IV/650 (1965) (Informe de la Comisión Especial de "Derecho Penal" del Parlamento Federal Alemán para la discusión del Proyecto de Código Penal de 1962).
Bes. Teil	= Besonderer Teil (Parte Especial).
BewH	= Bewährungshilfe (citada por año y página).
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil) en la redacción de 18.8.1896 (RGBl. pág. 195-Schönfelder núm. 20).
BGBl I, II, III	= Bundesgesetzblatt Teil I, Teil II, Teil III (Boletín Oficial del Estado Federal).
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Tribunal Supremo Federal suizo), Amtliche Sammlung (citada por tomo, parte, año y página).
BGH	= Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal); Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (citadas por tomo y página).
BGH GS	= Bundesgerichtshof, Großer Senat für Strafsachen (Tribunal Supremo Federal, Pleno de la Sala para causas penales).
BGHR	= BGH-Rechtsprechung Strafsachen (citada por parágrafo, entrada abreviada y número en curso).
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (citadas por tomo y página).
BG Praxis	= Die Praxis des (schweiz.) Bundesgerichts, Basel (citada por tomo y página).
BinnenschG	= Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt (Ley sobre relaciones privadas en la navegación) en su redacción de 20.5.1898 (RGBl. pág. 868).
BjagdG	= Bundesjagdgesetz (Ley Federal de Caza) en su redacción de 29.9.1976 (BGBl. I pág. 2849).
BJM, BMJ	= Bundesministerium der Justiz (Ministerio Federal de Justicia).
BKA	= Bundeskriminalamt (Oficina Federal de lo Criminal).
BNotO	= Bundesnotarordnung (Estatuto Federal Notarial) en su redacción de 24.2.1961 (BGBl. I pág. 97-Schönfelder núm. 98a).

- BörsG = Börsengesetz (Ley sobre la Bolsa) en su redacción de 27.5.1908 (RGBl. I pág. 215, parcialmente reproducida en Schönfelder, comentario al § 764 BGB y al § 263 StGB).
- BRAO = Bundesrechtsanwaltschaftsordnung (Estatuto Federal de la Abogacía) en su redacción de 1.8.1959 (BGBl. I pág. 565-Schönfelder núm. 98).
- BR-Drucksache 1/72 = Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB) (Proyecto de Ley Introductoria del Código Penal), Bundesrat-Drucksache 1/72 de 3.1.1972.
- BRRG = Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) (Ley Marco para la armonización del Derecho de la Función Pública) en su redacción de 27.2.1985 (BGBl. I pág. 462-Sartorius I núm. 150).
- BSeuchG = Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Bundes-Seuchengesetz) (Ley para la prevención y lucha contra las enfermedades transmisibles de la persona) (Ley Federal sobre epidemias).
- BSHG = Bundessozialhilfegesetz (Ley Federal de auxilio social) en su redacción de 23.3.1994 (BGBl. I pág. 646-Sartorius I núm. 410).
- BT-Drucksache V/4094 = Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) (Primer Informe Escrito de la Comisión Especial para la Reforma del Derecho Penal acerca del Proyecto de Código Penal), Deutscher Bundestag 5. Wahlperiode.
- BT-Drucksache V/4095 = Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) (Segundo Informe Escrito de la Comisión Especial para la Reforma del Derecho Penal acerca del Proyecto de Código Penal), Deutscher Bundestag 5. Wahlperiode.
- BT-Drucksache 10/2720 = Proyecto de Ley del Gobierno Federal. Proyecto de Ley de Reforma del Derecho penal (StÄG).
- BT-Drucksache 10/4391 = Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes-Gesetz zum weiteren Ausbau der Strafaussetzung zur Bewährung (StÄG) (Recomendación final e informe de la Comisión Jurídica acerca del Proyecto de Ley de modificación del Derecho Penal-Ley sobre la ampliación de la suspensión condicional de la pena).
- BtMG = Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz) en la redacción dada desde 1.3.1994 (BGBl. I, pág. 359-Sartorius I núm. 275) [Ley sobre Tráfico de Sustancias Estupefacientes].
- BVerG = Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional).
- BVerGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (citadas por tomo y página).
- BVerGG = Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Ley del Tribunal Constitucional Federal) en la redacción de 11.8.1993 (BGBl. I pág. 1473-Sartorius I núm. 40).

BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal).
BWahlG	= Bundeswahlgesetz (Ley Electoral Federal) en su redacción de 23.7.1993 (BGBl. I pág. 1288-Sartorius I núm. 30).
BwVollzO	= Verordnung über den Vollzug von Freiheitsstrafe, Strafarrest, Jugendarrest und Disziplinararrest durch Behörden der Bundeswehr (Bundeswehrvollzugsordnung) (Ordenanza de ejecución del ejército federal) de 29.11.1972 (BGBl. I pág. 2205).
BZRG	= Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (Bundeszentralregistergesetz) (Ley sobre los Registros Central y Educativo) (Ley sobre el Registro Central Federal) en su redacción de 21.9.1984 (BGBl. I pág. 1229-Schönfelder núm. 92).
Cass.	= Cour de Cassation; Urteil der französischen Cour de Cassation, Chambre Criminelle (Tribunal de Casación; sentencia del Tribunal de Casación, Sala de lo Penal).
CCC	= Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina) (Ordenamiento penal de Justicia del Emperador Carlos V) de 1532.
Cp	= Code pénal (belga); Código penal (brasileño); Code pénal (francés); Codice penale (italiano); Código penal (portugués); Código penal (español).
CrimLR	= Criminal Law Review, London (citada por año y página).
DAR	= Deutsches Autorecht (citada por año y página).
DDR	= Deutsche Demokratische Republik (República Democrática Alemana).
DevG	= Gesetz über die Devisenbewirtschaftung (Ley sobre el Control de Divisas) en su redacción de 12.12.1938 (RGBl. I pág. 1733).
Die Justiz	= Die Justiz. Amstblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg (citada por año y página).
Dig.	= Digesten (Digesto).
Diss.	= Dissertation (Tesis doctoral).
DJ	= Deutsche Justiz. Rechtspflege und Rechtspolitik. Amtl. Organ des Reichsministers der Justiz (citada por año y página).
DJT	= Deutsche Juristentag; Verhandlungen des Deutschen Juristentages.
DJT-Festschrift	= Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages (Cien años de vida jurídica alemana. Homenaje a los cien años de existencia de las Jornadas Jurídicas Alemanas) 1860-1960, Tomos I, II, 1960.
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung (citada por año y página).
DÖV	= Deutsche Öffentliche Verwaltung (citada por año y página).
D.P.	= Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (citada por año, parte y página).
DR	= Deutsches Recht (citada por año y página).
DRechtsw	= Deutsche Rechtswissenschaft (citada por tomo, año y página).
DRiG	= Deutsches Richterzeitung (citada por año y página).
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung (citada por año y página).
DRZ	= Deutsche Rechts-Zeitschrift (citada por año y página).

DStr	= Deutsches Strafrecht, Neue Folge (citada por año y página).
DStrZ	= Deutsche Strafrechts-Zeitung (citada por año y página).
DtZ	= Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift (citada por año y página).
Dürig	= Dürig, Günter: Gesetze des Landes Baden-Württemberg (Leyes del Land Baden-Württemberg) (Loseblattsammlung).
DVJJ	= Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V. (Asociación Alemana para la Justicia y Auxilio Juvenil).
DVollzO	= Dienst- und Vollzugsordnung für die Justiz-Vollzugsanstalten (Reglamento de Servicio y Ejecución para los Establecimientos Penitenciarios) en su redacción de 1.12.1961.
E	= Entwurf (Proyecto).
E 1913	= Entwurf der Strafrechtskommission 1913 (Proyecto de la Comisión de Derecho Penal) en Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Teil 1, 1920.
E 1919	= Entwurf von 1919 (Proyecto de 1919) en: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Teil 2, 1920.
E 1922	
E Radbruch	= Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (Proyecto de Código Penal General Alemán) (Entwurf Gustav Radbruch) 1922, Tübingen 1952.
E 1925	= Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und 2 Anlagen (Reichratsvorlage) (Proyecto Oficial de Código Penal General con Fundamentación y 2 Apéndices), 1927-Drucksachen des Reichstags III/3390. Nachdruck als Materialien Tomo IV (1954).
E 1930	= Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1930 (Proyecto de un Código penal General Alemán de 1930) (Entwurf Kahl)-Drucksachen des Reichstags V/395. Nachdruck als Materialien Tomo V (1954).
E 1936	= Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs (Proyecto de Código Penal Alemán), 1936, Bonn 1954 (sin publicar).
E 1962	= Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) (Proyecto de Código penal) E 1962 (con fundamentación) –Bundestagvorlage-Bonn 1962. Drucksache des Bundestages IV/650, sin fundamentación también como Drucksache V/32.
EBAO	= Einforderungs- und Beitreibungsanordnung (Reglamento de Recaudación y Cobro) de 25.11.1974 (BAZ. núm. 230).
EG	= Europäische Gemeinschaft.
EGBGB	= Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche en su redacción de 21.9.1994 (BGBl. I pág. 2494-Schönfelder núm. 21).
EGGVG	= Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz (Ley introductoria de la Ley de Organización de Tribunales) de 27.1.1877 (RGBl. pág. 77-Schönfelder núm. 21).
EGMR	= Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

EGOWiG	= Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24.5.1968 (BGBl. I pag. 503).
EGStGB	= Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (Ley introductoria del Código Penal) de 2.3.1974 (BGBl. I pag. 469-Schönfelder núm. 21).
EGV	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) de 25.3.1957 (BGBl. II pag. 766) en la redacción del Tratado sobre la Unión Europea de 7.2.1992 (BGBl. II pag. 1253-Sartorius II núm. 150).
EKD	= Evangelische Kirche in Deutschland (Iglesia evangélica alemana).
Erg	= Ergänzungsband (Tomo complementario).
EU	= Europäische Union (Unión Europea).
EuGH	= Europäischer Gerichtshof (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).
EuGMR	= Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).
EuGRZ	= Europäische Grundrechte Zeitschrift (citada por año y página).
EuZW	= Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (citada por año y página).
EV	= Einigungsvertrag (Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana para la consecución de la Alemania unida) de 31.8.1990 (BGBl. II pag. 889).
EvBl	= Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (citada por año y número).
EWG	= Europäische Wirtschaft Gemeinschaft (Comunidad Económica Europea).
FamRZ	= Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, desde 1962: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (citada por año y página).
FGG	= Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ley de la Jurisdicción Voluntaria) en su redacción de 20.5.1898 (RGBl. pag. 771-Schönfelder núm. 112).
FIS	= Fédération Internationale de Ski.
Forensia	= Forensia. Interdisziplinäre Zeitschrift für Psychiatrie, Kriminologie und Recht (citada por año y página).
G, Ges.	= Gesetz (Ley).
GA	= 1880-1933: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, fundada por Th. Goldammer (citada por tomo, año y página). A partir de 1953: Goldammer's Archiv für Strafrecht (citada por año y tomo).
140 Jahre GA	= 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht (publicado por J. Wolter).
GA Res	= General Assembly Resolution (Resolución de la Asamblea General).
GastG	= Gaststättengesetz (Ley de Restaurantes) en su redacción de 5.5.1970 (BGBl. I pag. 465-Sartorius I núm. 810).
GBL. BW	= Gesetzblatt für Baden-Württemberg.
GBL. DDR	= Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik.
GE	= Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs (Contraproyecto al Anteproyecto de Código Penal Alemán), von Wilhelm Kahl y otros, 1911.
GeschlKrG	= Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 23.7.1953 (BGBl. I pag. 700) (Ley para la lucha contra las enfermedades de transmisión sexual).

GewO	= Gewerbeordnung (ordenanza industrial) en la redacción de 1.1.1987 (BGBl. I pág. 425-Sartorius I núm. 800).
GG	= Grundgesetz (Constitución alemana).
GjS	= Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (Ley sobre difusión de escritos peligrosos para la juventud) en la redacción de 12.7.1985 (BGBl. I pág. 1502-Sartorius I núm. 405).
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung (sociedad con responsabilidad limitada).
GmbHG	= Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ley sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada) en su redacción de 20.5.1898 (RGBl. pág. 846-Schönfelder núm. 52).
GnadO	= Gnadenordnung (Reglamento de Gracia e Indulto) 6.2.1935 (DJ 1935, pág. 203).
GS	= Der Gerichtssaal (citada por tomo, año y página).
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización de Tribunales) en la redacción de 9.5.1975 (BGBl. I pág. 1077-Schönfelder núm. 95).
GVBl.	= Gesetz-und Verordnungsblatt für das Großherzogtum Baden (1869-1918) (Boletín de Leyes y Reglamentos del Gran Ducado de Baden); Badisches Gesetz-und Verordnungsblatt (1919-1944).
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley contra las restricciones a la libre competencia) en la redacción de 20.2.1990 (BGBl. I pág. 235-Schönfelder núm. 74).
Haager LKO	= (Haager) Abkommen, betr. die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (Convenio de La Haya sobre leyes y usos de la guerra territorial) de 18.10.1907 (RGBl. 1910 pág. 107).
HarvardLR	= Harvard Law Review (citada por tomo, año y página).
Hb	= Handbuch (Manual).
HeilpraktikerG	= Gesetz über die Berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Ley sobre el ejercicio profesional de la medicina sin nombramiento) (Heilpraktikergesetz) de 17.2.1939 (RGBl. I pág. 251).
HESr	= Höchststrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Strafsachen (citada por tomo y página) (jurisprudencia de tribunales superiores. Colección de sentencias de tribunales regionales y provinciales).
HGB	= Handelgesetzbuch (Código de Comercio) de 10.5.1897 (RGBl. pág. 219-Schönfelder núm. 50).
HRG	= Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Bd. I ff., 1971 ss. (Diccionario de Historia jurídica alemana).
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung (jurisprudencia de los tribunales superiores) (citada por año y número).
HWBKrim	= Handwörterbuch der Kriminologie, 1. Aufl. Bd. I, 1933; Bd. II, 1936, 2. Aufl. ed. por R. Sieverts y H.J. Schneider, Bd. I, 1966; Bd. II, 1977; Bd. III, 1975; Ergänzungsband 1979.

- HWB SozW = Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (Diccionario de Ciencias Sociales), ed. por E.v. Beckerath (y otros), Tomos 1-12 con apéndice y tomo de registro, nueva edición, 1956-1968.
- IKV = Internationale Kriminalistische Vereinigung (Asociación Criminalística Internacional).
- IMT = Internationales Militärtribunal.
- Int Rev Crim Pol = International Review of Criminal Policy (citada por año y página).
- IPbürgR = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) de 19.12.1966 (BGBl. II 1973 pág. 1534-Sartorius II núm. 20).
- IRG = Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Ley sobre cooperación jurídica internacional en procesos penales) en la redacción de 27.6.1994 (BGBl. I pág. 1537).
- IRuD = Internationales Recht und Diplomatie (citada por año y página).
- JA = Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen (citada por año y página).
- JBeitrO = Justizbetriebsordnung (Reglamento de Recaudación Judicial) vom 11.3.1937 (RGBl. I pág. 298-Schönfelder núm. 122).
- JBl = Juristische Blätter (citada por año y página).
- J.C.P. = La Semaine Juridique. Juris-Classeur Périodique (citada por año, parte y número).
- JCrimL = Journal of Criminal Law and Criminology (citada por año y página).
- JGG = Jugendgerichtsgesetz (Ley Penal Juvenil) en la redacción vigente desde 11.12.1974 (BGBl. pág. 3427-Schönfelder núm. 89).
- JGGÄG = Erstes Gesetz zur Änderung des JGG vom 30.8.1990 (BGBl. I pág. 1853) [Primera Ley de Reforma de la Ley Penal Juvenil].
- JMinBl = Justizministerialblatt (Boletín del Ministerio de Justicia).
- JÖSchG = Gesetz zum Schutze der Jugend in der Öffentlichkeit (Ley para la Protección de la Juventud en la difusión pública) de 25.2.1985 (BGBl. I pág. 425).
- Journ dr int = Journal du droit international (citada por año y página).
- JR = Juristische Rundschau (citada por año y página).
- JurA = Juristische Analysen (citada por año y página).
- Jura = Juristische Ausbildung (citada por año y página).
- JuS = Juristische Schulung (citada por año y página).
- Justiz = vid. Die Justiz.
- JW = Juristische Wochenschrift (citada por año y página).
- JZ = Juristenzeitung (citada por año y página).
- KastG = Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden (Ley sobre castración voluntaria y otros métodos de tratamiento) de 15.8.1969 (BGBl. I pág. 1143).
- KE = Entwurf der Strafrechtskommission (Proyecto de la Comisión de Derecho Penal), 1913, en: Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Parte 1, 1920.

- KG = Kammergericht (Tribunal colegiado); Kommanditgesellschaft (sociedad comanditaria).
- KJHG = Gesetz zur Neuordnung des Kinder-und Jugendhilferechts (Ley sobre Reordenación del Derecho Tutelar de Niños y Jóvenes) (Kinder-und Jugendhilfegesetz) de 26.6.1990 (BGBl. I pág. 1163).
- KK OWiG
(nombre del autor) = Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1989.
- KK StPO
(nombre del autor) = Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 3.^a ed., 1993.
- KMR
(nombre del autor) = Loseblattkommentar zur Strafprozessordnung. Fundado por Kleinknecht/Müller/Reitberger, 8.^a ed., 1990.
- KO = Konkursordnung (Ordenanza concursal) en su redacción de 20.5.1898 (RGBl. pág. 612-Schönfelder núm. 110).
- KRG núm. 10 = Kontrollratsgesetz (Ley del Consejo Aliado de Control) núm. 10 de 20.12.1945 para el castigo de personas culpables de crímenes de guerra, contra la paz y contra la Humanidad (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland núm. 3 de 31.1.1946 pág. 50).
- KRG núm. 11 = Kontrollratsgesetz (Ley del Consejo Aliado de Control) núm. 11 de 30.1.1946 sobre abolición de determinadas disposiciones del Derecho penal alemán (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland núm. 3 de 31.1.1946 pág. 55).
- KrimJ = Kriminologisches Journal (citada por año y página).
- KritV = Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (citada por año y página).
- KRProkl = Kontrollrats-Proklamation (Proclamación del Consejo Aliado de Control).
- k + v = Kraftfahrt und Verkehrsrecht (citada por año y página).
- KWG = Gesetz über das Kreditwesen (Ley sobre la Actividad Crediticia) en su redacción de 30.6.1993 (BGBl. I pág. 1082-Sartorius I núm. 856).
- KZfSS = Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (citada por tomo, año y página).
- Law Commission = The Law Commission, Criminal Law. Codification of the Criminal Law (Comisión Legislativa Penal. Codificación de la Ley Penal), 1985.
- LBG Baden-Württemberg = Landesbeamtengesetz von Baden-Württemberg en su redacción de 8.8.1979 (GBl. BW pág. 398-Dürig núm. 50) (Ley regional de funcionarios del Estado de Baden-Württemberg).
- Lfg. = Lieferung (fascículo).
- LG = Landgericht (Tribunal provincial).
- LK (nombre del autor) = Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1985; 11. Aufl. 1992 ss.
- LM = Entscheidungen des BGH im Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofes (sentencias del Tribunal Supremo Federal en la obra de consulta del BGH), ed. por Lindenmaier, Möhring y otros, 1951 ss.

LMBG	= Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz) (Ley sobre el tráfico de alimentos, tabaco, productos cosméticos y otros objetos de consumo) en su redacción de 8.7.1993 (BGBl. I pag. 1169-Sartorius I núm. 280).
Löwe/Rosenberg (nombre del autor)	= Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, (Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley de Organización Judicial. Comentarios) 24. ^a ed., 1984 ss.
LSG	= Landessozialgericht (Tribunal Territorial de Trabajo).
LuftVG	= Luftverkehrsgesetz (Ley de Navegación Aérea) en su redacción de 14.1.1981 (BGBl. I pag. 61).
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (citada por año y página).
Maastricht-Vertrag	= Vertrag über die Europäische Union de 7.2.1992 (BGBl. II pag. 1253).
Materialien	= Materialien zur Strafrechtsreform (Materiales para la Reforma del Derecho Penal). Tomo I, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954. Tomo II, 1, Rechtsvergleichende Arbeiten, Allgemeiner Teil, 1954. Tomo II, 2, Rechtsvergleichende Arbeiten, Besonderer Teil, 1953. Tomo III, Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuchs nebst Begründung 1925 (Reichratsvorlage), 1954. Tomo IV, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927 mit Begründung und 2 Anlagen (Reichstagvorlage), 1954. Tomo V Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1930 (Entwurf Kahl), 1954. Tomo VI Amtlicher Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes mit Begründung 1927 (Reichrats- und Reichstagvorlage), 1954. Tomo VIII, 1-3, Reform des Strafvollzugsrechts. Rechtsvergleichende Arbeiten, 1959/60.
MDR	= Monatsschrift für deutsches Recht (citada por año y página).
MichLR	= Michigan Law Review (citada por tomo, año y página).
MilRegG	= Militärregierungsgesetz (Ley de Gobierno Militar).
Mitt IKV	= Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung. Neue Folge (citada por tomo, año y página).
Model Penal Code	= The American Law Institute, Model Penal Code. Proposed Official Draft, 1962 (traducción al idioma alemán en: Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, núm. 86, 1965).
MPG	= Max-Planck-Gesellschaft.
MRK	= (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Convenio Europeo de Derechos Humanos) de 4.11.1950 (BGBl. 1952 II págs. 686, 953-Sartorius II núm. 130).
MschrKrim	= Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform (1904/1905 hasta 1936). Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform (1937 hasta 1944).

	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform (desde 1953 en adelante) (citada por año y página).
MStGB	= Militärstrafgesetzbuch en su redacción de 10.10.1940 (RGBl. I pág. 1347) (Código penal militar).
Nds. Rpfl.	= Niedersächsische Rechtspflege (citada por año y página).
N del T	= Nota del Traductor.
N.F.	= Neue Folge (Serie nueva).
Niederschriften (vid. También Materialien)	= Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (Actas sobre las sesiones de la Gran Comisión para la reforma del Derecho penal).
NJ	= Neue Justiz (citada por año y página).
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (citada por año y página).
NK (nombre del autor)	= Nomos Kommentar zum StGB (desde 1995).
Nr.	= Nummer (número).
NStE	= Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht (citada por parágrafo y número en curso).
NStZ	= Neue Zeitschrift für Strafrecht (citada por año y página).
NZV	= Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (citada por año y página).
NZWehrr	= Neue Zeitschrift für Wehrrecht (citada por año y página).
ÖJZ	= Österreichische Juristen-Zeitung (citada por año y página).
ÖRiZ	= Österreichische Richterzeitung (citada por año y página).
öterr. Entwurf 1968	= Regierungsvorlage eines StGB samt erläuternden Bemerkungen, 1968 (Proyecto Gubernamental de Código Penal con anotaciones explicativas) (706 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XI. GP.) (con 706 anexos a las actas taquigráficas del Parlamento Nacional).
öterr. Entwurf 1971	= Regierungsvorlage de 16.11.1971 für ein Bundesgesetz über de mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch-StGB) (Proyecto Gubernamental de Código Penal) (30 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XIII. GP.) (con 30 anexos a las actas taquigráficas del Parlamento Nacional).
öterr. OGH	= Oösterreichischer Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo austríaco).
OGH	= Oberster Gerichtshof für die Britische Zone (Tribunal Superior para la zona británica); Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (sentencias dictadas por dicho Tribunal en causas penales) (citadas por año y página).
OGHSSr	= Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofs in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten (sentencias del Tribunal Supremo austríaco en causas penales y asuntos disciplinarios) (citadas por tomo, número y página).
OHG	= Offene Handelsgesellschaft (sociedad abierta o personalista)
OLG	= Oberlandesgericht (Tribunal Superior).
OrgKG	= Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer

	Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität de fecha 15.7.1992 (Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras manifestaciones de la criminalidad organizada) (BGBl. I pág. 1302).
OVG	= Oberverwaltungsgericht (Tribunal Superior Administrativo).
OwiG	= Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de infracciones administrativas) de 25.3.1952 (BGBl. I pág. 177).
OWiG	= Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de infracciones administrativas) en la redacción de 19.2.1987 (BGBl. I pág. 602-Schönfelder núm. 94).
PatG	= Patentgesetz (Ley de Patentes) en su redacción de 19.2.1980 (BGBl. I 1981 pág. 1).
PStG	= Personenstandgesetz (Ley del estado civil de las personas) en la redacción de 8.8.1957 (BGBl. I pág. 1125-Schönfelder núm. 113).
Protokolle IV	= Beratungen des Sonderausschusses "Strafrecht" des Deutschen Bundestages in der 4. Wahlperiode, Bonn 1963-1965 (Recomendaciones de la Comisión Especial de "Derecho Penal" del Parlamento Federal en la 4. ^a Legislatura) (citada por página).
Protokolle V	= Beratungen des Sonderausschusses "Strafrecht" des Deutschen Bundestages in der 5. Wahlperiode, Bonn 1966-1969 (Recomendaciones de la Comisión Especial de "Derecho Penal" del Parlamento Federal en la 5. ^a Legislatura) (citada por página).
Protokolle 7	= Beratungen des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform in der 7. Wahlperiode, Bonn 1973-1976 (Recomendaciones de la Comisión Especial del Parlamento Federal en la 7. ^a Legislatura) (citada por página).
RAO	= Reichsabgabenordnung (Ordenanza Tributaria Imperial) de 13.12.1919 en su redacción de 22.5.1931 (RGBl. I pág. 161).
RDA	= República Democrática Alemana.
RdJB	= Recht der Jugend und des Bildungswesens (citada por año y página).
recht	= recht. Informationen des Bundesministers der Justiz (citada por año y página).
Recht und Politik	= Recht und Politik (citada por año y página).
Rechtspf.	= Der Deutsche Rechtspfleger (citada por año y página).
Rev crim pol tech	= Revue (internationale) de criminologie et de police technique (citada por año y página).
Rev dr pén crim	= Revue de droit pénal et de criminologie (citada por tomo, año y página).
Rev dr pén mil	= Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre (citada por tomo, año y página).
Rev int déf soc	= Revue internationale de défense sociale (citada por año y página).
Rev int dr comp	= Revue internationale de droit comparé (citada por año y página).
Rev int dr pén	= Revue internationale de droit pénal (citada por año y página).
Rev int pol crim	= Revue internationale de police criminelle (citada por año y página) (edición paralela en alemán: Internationale kriminalpolizeiliche Revue).
Rev sc crim	= Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (citada por año y página).

RG	= Reichsgericht (Tribunal Imperial); Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen (citadas por tomo y página).
RG Recht	= Entscheidungen des Reichgerichts (sentencias del Tribunal Imperial), en: "Das Recht", ed. por Hans Th. Soergel (citadas por año y página).
RG Rsprs.	= Rechtsprechung des Deutschen Reichgerichts in Strafsachen (sentencias del Tribunal Imperial alemán en causas penales) (citadas por tomo y página).
RGBl. I, II	= Reichsgesetzblatt Teil I, Teil II (Boletín Oficial del Imperio).
RG-Festgabe	= Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (La praxis del Tribunal Imperial en la vida jurídica. Homenaje de las Facultades de Derecho a los 50 años de existencia del Tribunal Imperial), Tomo V: Strafrecht und Strafprozeß, 1929.
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (citadas por tomo y página).
RiStBV	= Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (Directrices para el proceso penal y el procedimiento de imposición de sanciones pecuniarias) en la redacción de 1.10.1992 (redacción armonizada para todo el territorio federal).
Riv it dir pen	= Rivista italiana di diritto penale (citada por año y página).
Riv it dir proc pen	= Rivista italiana di diritto e procedura penale (citada por año y página).
RJagdG	= Reichjagdgesetz (Ley imperial sobre caza) en su redacción de 3.7.1934 (RGBl. I pág. 549).
RKG	= Entscheidungen des Reichkriegsgerichts und des Wehrmachtdienststrafhofes (sentencias del Tribunal Imperial Militar y del Tribunal Disciplinario del Ejército (citadas por tomo y página).
RMG	= Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts (sentencias del Tribunal Imperial Militar) (citadas por tomo y página).
ROW	= Recht in Ost und West (citada por año y página).
RPflG	= Rechtspflegergesetz (Ley de Función Pública de la Administración de Justicia) de 5.11.1969 (BGBl. I pág. 2065-Schönfelder núm. 96).
RStGB	= Strafgesetzbuch für das deutsche Reich (Código penal imperial alemán) de 15.5.1871 (RGBl. pág. 127).
RV 1871	= Verfassung des Deutschen Reiches (Constitución del Imperio alemán) en su redacción de 16.4.1871 (RGBl. pág. 63).
Sartorius I	= Sartorius, Tomo I: Verfassungs-und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik Deutschland (leyes constitucionales y administrativas de la República Federal de Alemania) (colección de hojas intercambiables).
Sartorius II	= Sartorius, Tomo II: Internationale Verträge-Europarecht (Tratados internacionales-Derecho europeo) (colección de hojas intercambiables).
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen (citada por año y página).
SchlHOLG	= Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht (Tribunal Superior de Schleswig-Holstein).
Schönfelder	= Schönfelder, Heinrich: Deutsche Gesetze (colección de hojas intercambiables).

Schweiz. ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch de 10.12.1907.
SchwJZ	= Schweizerische Juristenzeitung (citada por año y página).
SchwZStr	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (citada por tomo, año y página).
S.Ct.	= (U.S.) Supreme Court Reporter.
SeemansG	= Seemansgesetz (Ley de tripulación marítima) de 26.7.1957 (BGBl. II pág. 713).
SexualdelBekG	= Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährliche Straftaten (Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos) de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160).
SG	= Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz) (Ley sobre el estatuto jurídico de los soldados) en su redacción de 19.8.1975 (BGBl. I pág. 2273).
SGB VIII	= Sozialgesetzbuch (Código Social) Achtes Buch, Kinder-und Jugendhilfe (Tutela de menores y jóvenes) en la redacción de 3.5.1993 (BGBl. I pág. 637-Schönfelder núm. 46).
Sirey	= Recueil général des lois et des arrêts, fondé par J.B. Sirey; a partir de 1946: Recueil Sirey (citada por año, parte y página).
SJZ	= Süddeutsche Juristen-Zeitung (citada por año y columna).
SK (nombre del autor)	= Systematischer Kommentar zum StGB (distribuido por hojas intercambiables).
SprengG	= Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz) (Ley de explosivos) en su redacción de 17.4.1986 (BGBl. I pág. 577-Sartorius I núm. 822).
Stt	= Entscheidungen des österr. Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten (sentencias del Tribunal Supremo austríaco en causas penales y asuntos disciplinarios) (citada por tomo, número y página).
StA	= Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft (Fiscal, Fiscalía).
StÄG (con cifra)	= 2. Strafrechtsänderungsgesetz de 4.7.1969 (BGBl. I pág. 717). 3. Strafrechtsänderungsgesetz de 4.3.1953 (BGBl. I pág. 753). 4. Strafrechtsänderungsgesetz de 11.6.1957 (BGBl. I pág. 597). 9. Strafrechtsänderungsgesetz de 4.8.1969 (BGBl. I pág. 1065). 11. Strafrechtsänderungsgesetz de 16.12.1971 (BGBl. I pág. 1977). 12. Strafrechtsänderungsgesetz de 16.12.1971 (BGBl. I pág. 1979). 13. Strafrechtsänderungsgesetz de 13.6.1975 (BGBl. I pág. 1349). 14. Strafrechtsänderungsgesetz de 22.4.1976 (BGBl. I pág. 1056). 15. Strafrechtsänderungsgesetz de 18.5.1976 (BGBl. I pág. 1213). 18. Strafrechtsänderungsgesetz de 28.3.1980 (BGBl. I pág. 373). 20. Strafrechtsänderungsgesetz de 8.12.1981 (BGBl. I pág. 1239). 23. Strafrechtsänderungsgesetz de 13.4.1986 (BGBl. I pág. 393). 24. Strafrechtsänderungsgesetz de 13.1.1987 (BGBl. I pág. 141). 25. Strafrechtsänderungsgesetz de 20.8.1990 (BGBl. I pág. 1764). 26. Strafrechtsänderungsgesetz de 14.7.1992 (BGBl. I pág. 1255). 27. Strafrechtsänderungsgesetz de 23.7.1993 (BGBl. I pág. 1346).

28. Strafrechtsänderungsgesetz de 13.1.1994 (BGBl. I pág. 84).
 29. Strafrechtsänderungsgesetz de 31.5.1994 (BGBl. I pág. 1168).
 31. Strafrechtsänderungsgesetz de 27.6.1994 (BGBl. I pág. 1440).
- StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal) en la redacción de 10.3.1987 (BGBl. I pág. 945-Schönfelder núm. 85; (österreich.) StGB de 23.1. 1974; (schweiz.) StGB de 21.12.1937.
- StGB DDR = Strafgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik (Código penal de la República Democrática Alemana) de 12.1.1968 en su redacción de 19.12.1974 (GBl. DDR I 1975 pág. 14).
- StPO = Strafprozeßordnung (Ordenanza procesal penal) en la redacción de 7.4.1987 (BGBl. I pág. 1074-Schönfelder n. 90).
- Strafr. Abh. = Strafrechtliche Abhandlungen (citada según el número de fascículo y año) (Neue Folge [1968 ss.] citada según el número de tomo y año).
- Strafr. Probleme = Strafrechtliche Probleme der Gegenwart (citada por tomo, año y página).
- StrEG = Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (Ley sobre la indemnización de medidas de persecución penal) en la redacción de 8.3.1971 (BGBl. I pág. 152).
- StrRG (con cifra) = Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts de 25.6.1969 (BGBl. I pág. 645).
 Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts de 4.7.1969 (BGBl. I pág. 717).
 Drittes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 20.5.1970 (BGBl. I pág. 505).
 Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts de 23.11.1973 (BGBl. I pág. 1275).
 Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts de 18.6.1974 (BGBl. I pág. 1297).
 Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 164).
- StV = Strafverteidiger (citada por año y página).
- StVÄG 1979 = Strafverfahrensänderungsgesetz (Ley de Reforma del proceso penal) de 5.10.1978 (BGBl. I pág. 1645).
- StVÄG 1987 = Strafverfahrensänderungsgesetz (Ley de Reforma del proceso penal) de 27.1.1987 (BGBl. I pág. 475).
- StVG = Straßenverkehrsgesetz (Ley de Tráfico Viario) en su redacción de 19.12.1952 (BGBl. I pág. 837-Schönfelder núm. 35).
- StVO = Straßenverkehrs-Ordnung en su redacción de 16.11.1970 (BGBl. I pág. 1565-Schönfelder núm. 35a).
- StVollstrO = Strafvollstreckungsordnung (Reglamento penitenciario) en su redacción de 20.8.1987 (BAnz. 1987 núm. 159).
- StVollzG = Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz) vom 16.3.1976 (BGBl. I pág. 581-Schönfelder núm. 91) [Ley penitenciaria].
- StVRG = Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 9.12.1974 (BGBl. I pág. 3393)

StVZO	= Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (Ordenanza de admisión de vehículos al tráfico) en la redacción de 28.9.1988 (BGBl. I pág. 1793-Schönfelder núm. 35 b).
Supp.	= Supplement; Supplément.
Tagungs-berichte	= Tagungsberichte der Stravollzugskommission (Informes sobre las sesiones de la Comisión Penitenciaria ed. por el Bundesjustizministerium Tomos I-XII, 1968-1971, con el número especial titulado "Primer borrador de trabajo de una Ley Penitenciaria", 1971.
TierSchG	= Tierschutzgesetz en la redacción de 17.2.1993 (BGBl. I pág. 254-Sartorius I núm. 873).
2. UKG	= Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (Segunda Ley para la Lucha contra la Criminalidad Ambiental) de 27.6.1994 (BGBl. I pág. 1440).
UrhG	= Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (Ley sobre los derechos de autor) de 9.9.1965 (BGBl. I pág. 1273-Schönfelder núm. 65).
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la Competencia Desleal) de 7.6.1909 (RGBl. pág. 499-Schönfelder núm. 73).
UZwG	= Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes (Ley sobre el uso inmediato de la fuerza en el ejercicio del poder público a través de funcionarios ejecutivos de la Federación) en su redacción de 10.3.1961 (BGBl. I pág. 165-Sartorius I núm. 115).
UZwGBw	= Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und Zivile Wachpersonen (Ley sobre el uso inmediato de la fuerza y el ejercicio de competencia especiales por soldados del ejército federal y personal civil de vigilancia) en su redacción de 12.8.1965 (BGBl. I pág. 796-Sartorius I núm. 117).
VDA	= Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Tomos I-IV, 1908, con tomo de índices (para Parte General y Especial), 1909.
VDB	= Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Tomos VII-IX, 1909.
VE	= Vorentwurf, insbes. Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (Anteproyecto; especialmente, Anteproyecto de Código Penal alemán), 1909.
VereinsG	= Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz) (Ley sobre la regulación del derecho público de asociación) (Ley de asociaciones) de 5.8.1964 (BGBl. I pág. 593-Sartorius I núm. 425).
Verf.	= Verfassung (Constitución).
VersammlG	= Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) (Ley sobre Reuniones y Manifestaciones) (Ley reguladora del derecho a la reunión) en su redacción de 15.11.1978 (BGBl. I pág. 1789-Sartorius I núm. 435).

VO	= Verordnung (Reglamento, Ordenanza).
VOR	= Zeitschrift für Verkehrs- und Ordnungswidrigkeitenrecht (citada por año y página).
Vorgänge	= Vorgänge (citada por año y página).
VRS	= Verkehrsrechts-sammlung (citada por tomo y página).
WaffG	= Waffengesetz (Ley sobre armas) en su redacción de 8.3.1976 (BGBl. I pág. 432-Sartorius I núm. 820).
WDO	= Wehrdisziplinarordnung (Ordenanza militar disciplinar) en la redacción de 4.9.1972 (BGBl. I pág. 1665).
1. WiKG	= Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (Primera Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica) de 29.7.1976 (BGBl. I pág. 2034).
2. WiKG	= Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (Segunda Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica) de 15.5.1986 (BGBl. I pág. 721).a
WiStG 1954	= Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Ley para la mejor simplificación del Derecho penal económico o Ley de Derecho penal económico de 1954) en la redacción de 3.6.1975 (BGBl. I pág. 1313-Schönfelder núm. 88).
wistra	= wistra. Zeitschrift für Wirtschaft Steuer und Strafrecht (citada por año y página).
WK (nombre del autor)	= Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1979 ss.
WRV	= Verfassung des Deutschen Reichs (Constitución del Imperio alemán, denominada también Constitución de la República de Weimar) (RGBl. I pág. 1383).
WStG	= Wehrstrafgesetz (Ley penal militar) en la redacción de 24.5.1974 (BGBl. I pág. 1213).
WVR	= Wörterbuch des Völkerrechts, 2. ^a Ed., editado por Hans-Jürgen Schlochauer, Tomo I, 1960; Tomo II, 1961; Tomo III y Tomo con índices, 1962.
W.v.S.	= Wetboek van Strafrecht (Código penal holandés).
WZG	= Warenzeichengesetz (Ley de marcas) en su redacción de 2.1.1968 (BGBl. I pág. 29-Schönfelder núm. 72).
ZAK	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (citada por año y página).
ZaöRV	= Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (citada por tomo, año y página).
ZBJV	= Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (citada por tomo, año y página).
ZDG	= Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer (Zivildienstgesetz) en su redacción de 28.9.1994 (BGBl. I pág. 2811-Sartorius I núm. 625) (Ley sobre el Servicio Civil de los objetores de conciencia).
ZfL bzw. ZLW	= Zeitschrift für Luftrecht bzw. Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen (citada por año y página, así como por tomo, año y página, respectivamente).
ZfRV	= Zeitschrift für Rechtsvergleichung (citada por año y página).

ZfStrVo	= Zeitschrift für Strafvollzug (1976 ss.) und Straffälligenhilfe (citada por año y página).
ZGB	= vid. Schweiz. ZGB.
ZPO	= Zivilprozeßordnung (Ley de Enjuiciamiento Civil) en la redacción de 12.9.1950 (BGBl I pág. 533-Schönfelder núm. 100).
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik (citada por año y página).
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (citada por tomo, año y página).
ZVOBl.	= Zentral-Verordnungsblatt (Boletín Central de Reglamentos).
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß (citada por tomo, año y página).

Introducción: Fundamentos generales

§ 1 La misión del Derecho penal

Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Ansel*, Directions et directives de politique criminelle, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 779; *Baumann*, Strafrecht als soziale Aufgabe, Gedächtnisschrift für P. Noll, 1984, pág. 27; *BJM* (Ed.), Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuordnung, 1990; *Bockelmann*, Zur Kritik der Strafrechtskritik, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 1; *Dölling*, Der Täter-Opfer-Ausgleich, JZ 1992, 493; *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992; *Frey*, Der frühkriminelle Rückfallverbrecher, 1951; *Göppinger*, Kriminologie, 4.^a ed. 1980; *Heinz*, Jugendliche Wiederholungstäter, en: Landesgruppe Baden-Württemberg in der DVJJ, Info 1/1989, págs. 7 ss; *el mismo*, Diversion im Jugendstrafverfahren, ZRP 1990, pág. 7; *el mismo*, Das jugendstrafrecht auf dem Weg in das 21. Jahrhundert, JuS 1991, 896; *Hellmer*, Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945, 1961; *el mismo*, Jugendkriminalität, 4.^a Ed. 1978; *Hirsch*, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1990) pág. 534; *Jescheck*, Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975) pág. 1; *el mismo*, Das neue deutsche Strafrecht im internationalen Zusammenhang, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1975, pág. 49; *Jung*, Compensation Order-ein Modell der Schadenswiedergutmachung? ZStW 99 (1987) pág. 497; *Kaiser*, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970; *el mismo*, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972; *el mismo*, Fortentwicklung des Strafrechts, ZStW 86 (1974) pág. 349; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982; *Kerner*, Rückfall, Rückfallkriminalität, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a Ed. 1993, pág. 432; *Kürzinger*, Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen, ZStW 86 (1974) pág. 211; *Lampe*, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 151; *el mismo*, Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts? GA 1993, pág. 485; *Laubenthal*, Aufgabenwandel der Jugendgerichtshilfe, Festschrift für G. Spendel, 1992, págs. 795 ss.; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: *Göppinger/Witter* (Eds.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo I, Parte A, 1972, pág. 3; *Mannheim*, Rückfall und Prognose, HWBKrim, Tomo III, 1975, pág. 38; *H. Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *M.E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *J. Meyer*, Strafrechtliche Aspekte des Rückfalls im deutschen Recht, en: Erstes deutsch-

polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1983, pág. 79; *Müller-Dietz*, Integrationsprävention und Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 813; *Munkwitz*, Die Prognose der Frühkriminalität, 1967; *Noll*, Die Normativität als rechtsanthropologisches Grundphänomen, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 125; *Roxin*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *el mismo*, Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, en: *Eser/Kaiser/Madlener* (Edrs.), Neue Wege usw., 1990, pág. 367; *Rudolphi*, Der Zweck staatlichen Strafrechts, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 69; *Schild*, Ende und Zukunft des Strafrechts, ARSP 1984, pág. 71; *Schmidhäuser*, Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen, 1964; *el mismo*, Vom Sinn der Strafe, 2.^a Ed. 1971; *Schüler-Springorum*, Die Richtlinien der Vereinten Nationen für die Prävention von Jugendkriminalität, ZStW 104 (1992) pág. 169; *Schultz*, Abschied vom Strafrecht? ZStW 92 (1980) pág. 611; *Stoll*, Haftunfolgen im Strafrecht, 1993; *Stratenwerth*, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 177; *Tiedemann*, Fortentwicklung des Strafrechts, ZStW 86 (1974) pág. 303; *Walter*, Über das Verhältnis des Täter-Opfer-Ausgleichs zum Kriminalrechtssystem, en: *Kerner y otros*, Täter-Opfer-Ausgleich-auf dem Weg zur bundesweiten Anwendung? Schriftenreihe der Deutschen Bewährungshilfe, 1994, pág. 41; *Weigend*, Sanktionen ohne Freiheitsentzug, GA 1992, pág. 345; *Welzel*, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 101; *Würtenberger*, Rechtsfriede und Strafrecht, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 209; *el mismo*, Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 37; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *Zipf*, Allgemeine Grundsätze des Strafgesetzbuches und der Rechtsprechung, Gutachten für den Österr. Juristentag 1978, 1979.

I. La protección de la sociedad

1. La **misión del Derecho penal** es la *protección de la convivencia en sociedad de las personas*. Con el tiempo nadie puede ser absolutamente independiente, sino que más bien todos los individuos están destinados, por la propia naturaleza de sus condiciones esenciales, al intercambio, a la colaboración y a la confianza recíproca. El Derecho penal tiene, por ello, un significado fundamental como ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales. Esta no es, sin embargo, su naturaleza primaria. La convivencia de las personas se desarrolla primordialmente de acuerdo con reglas suministradas (normas) que configuran el **orden social** en su conjunto¹. La validez de estas normas preexistentes es

¹ *M.E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, págs. 16 ss.; *el mismo*, Lehrbuch, págs. 37 y ss.; *Henkel*, Rechtsphilosophie, págs. 228 ss.; *Noll*, Engisch-Festschrift, pág. 129 (la normatividad como «hecho antropológico fundamental»); *Schmidhäuser*, Von den zwei Rechtsordnungen, pág. 12.

absolutamente independiente de su imposición externa, puesto que se basan en la aceptación general de su necesidad y son protegidas a través de sanciones inmanentes que reaccionan por sí mismas frente a los comportamientos que las transgreden (represión social mediata). Existe un **sistema global** de controles sociales cuyos titulares son diferentes instituciones o comunidades como la familia, el municipio, la escuela, la parroquia, el vecindario, las empresas, las asociaciones y los gremios. La tutela jurídico-penal es únicamente una parte de ese sistema y el conjunto de las sanciones preventivas y represivas utilizadas son, hasta cierto punto, recíprocamente intercambiables².

Sin embargo, el orden social no puede asegurar por sí mismo la convivencia de las personas en la comunidad. Aquél debe ser completado, perfeccionado y reforzado por el **Ordenamiento jurídico**. En especial, este último debe garantizar las obligaciones generales de todos como normas vigentes del Derecho y hacer frente a sus infracciones. Titular del orden social preexistente es la sociedad, mientras que del Ordenamiento jurídico metódicamente creado es el Estado, cuya misión de protección bajo las condiciones de vida de la sociedad plural resulta ser más importante que nunca a la vista de la peligrosa existencia de la persona en el mundo moderno. El Derecho penal asegura, en última instancia, la **inviolabilidad del Ordenamiento jurídico** a través de la violencia estatal. En realidad, también el Derecho civil y el Derecho público prevén la aplicación de la violencia, pero para el Derecho penal la amenaza y aplicación de la violencia están en el núcleo central. Además, el Derecho penal se sirve del instrumento de poder más riguroso del que dispone la violencia estatal: la pena pública. Cuando fracasan otras medidas y posibilidades, el Derecho penal asegura en último término el cumplimiento coactivo de lo permitido y lo prohibido por el Ordenamiento jurídico (BVerfGE 51, 324 [págs. 343 ss.]). Tan pronto como el Derecho penal no pueda garantizar más la seguridad y el orden, existe el peligro de que los ciudadanos se tomen la justicia por su mano y que los fuertes se impongan a los débiles sin consideración alguna.

2. La violencia punitiva del Estado dirigida a la protección de la convivencia de las personas en la comunidad no puede ser ejercida *de cualquier modo o sin consideración a su alcance*. En verdad, el Derecho penal debe contribuir a vencer el caos en el mundo y a poner coto a la arbitrariedad de las personas a través de una limitación graduable de su libertad, pero únicamente puede hacerlo de modo que sea compatible con el estado de la cultura del pueblo y con los derechos de los

² *Kaiser*, Strategien, págs. 20 ss.; *el mismo*, Kriminologie, §§ 35, 36; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I núm. 5 ss.; *AK (Haseimer)* Vorbem. págs. 295 ss., antes del § 1.

individuos³. Bajo una concepción tal como la que concibe a la República Federal de Alemania como un «*régimen fundamental libre y democrático*» (BVerGE, 2, 1 [12 ss.])⁴, el Derecho penal sólo puede garantizar la protección de la sociedad asegurando la paz pública de forma simultánea al respeto de la libertad de acción de todos, luchando contra todo tipo de violencia antijurídica y amenazando con sanciones para considerables vulneraciones del Derecho, de acuerdo con el principio de justicia distributiva (*iustitia distributiva*)⁵. **La protección de la paz pública** significa la ruptura con la supremacía del más fuerte y el posibilitamiento del libre desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos (Art. 2 I GG), a través de la conciencia de una seguridad general y el respeto de los derechos humanos. La seguridad general no es aquella situación en la que no existe ningún delito, sino más bien aquella donde la criminalidad se mantiene en la frontera y se coloca bajo el control del Estado, puesto que los hechos punibles cometidos son aclarados en un alto porcentaje y perseguidos sin desconsideración hacia la persona (vid. *infra* § 5 IV). En sus esfuerzos por garantizar la seguridad de todos, el Estado tiene que respetar simultáneamente los derechos fundamentales de la persona como fundamento del orden jurídico y social. Como la Constitución quiere garantizar *la libertad de acción de las personas* (BVerGE, 6, 32 [36 ss.]; según jurisprudencia constante), el Derecho penal únicamente puede disponer *limitaciones cuando ello sea inevitable para la protección de la sociedad*. «La norma penal representa en cierta medida la “ultima ratio” en el instrumental del legislador» (BVerGE, 39, 1 [47])⁶. El Derecho penal debe crear, mediante el rechazo de la violencia y la arbitrariedad, un espacio de juego dentro del cual se pueda decidir libremente y adoptar sus resoluciones según su propia discrecionalidad. Por ello, el Derecho penal no sólo limita, sino que también crea libertad. **Aplicación de la justicia distributiva** significa en Derecho penal que vulneraciones considerables del Derecho, no pueden ser bagatelizadas a través de atenuaciones arbitrarias ni tampoco dramatizadas con excesiva dureza, sino que al autor se le impone, «según se merezca», una mengua de su libertad, patrimonio o prestigio, que haga reconocible de modo general el hecho antijurídico cometido y que

³ Vid., aquí y en adelante, *Bockelmann*, Einführung, en especial págs. 38 ss. 53 ss. y 67 ss.

⁴ Para más detalles al respecto, *Hesse*, Grundzüge, núm. 128.

⁵ Vid. *Henkel*, Rechtsphilosophie, pág. 412; *Engisch*, Gerechtigkeit, págs. 174 ss.; *Würtenberger*, Peters-Festschrift, págs. 209 ss.

⁶ *Ancel*, Jescheck-Festschrift, Tomo II, págs. 785 ss.; *Baumann*, Noll-Gedächtnisschrift, pág. 35.

impida su legitimación por la consciencia de la comunidad⁷. No obstante, dado que la pena también tiene, frente al infractor del Derecho, una **función social**, la pena debe estar siempre pensada para su eficacia sobre la futura vida en sociedad del condenado (vid. § 46 I 2). Finalmente, en Derecho penal también debe ser tenido en cuenta el interés del lesionado a través del hecho punible, puesto que se promueve la reparación del daño por el autor (vid. § 46 a).

3. Los ataques dirigidos a la legitimación de la existencia del Derecho penal como un instrumento de poder represivo que pretende la imposición del Ordenamiento jurídico, carecen de fundamento en una sociedad regida por un Estado liberal de Derecho, pues sólo la pena posibilita la protección de la paz jurídica en libertad⁸. Por ello, el objetivo no debe ser la desaparición del Derecho penal, sino sólo su mejora a través de una reforma continuada que asegure la protección de la generalidad a través de una prevención general moderada, y que busque alcanzar la justicia para el autor preservando el principio de culpabilidad y, allí donde sea necesario, la ayuda social⁹.

II. Función represiva y preventiva del Derecho penal

El Derecho penal cumple, por un lado, la misión de proteger a la sociedad mediante el castigo de transgresiones del Derecho que ya han tenido lugar; posee, por ello, una naturaleza represiva. Pero, por otro, cumple asimismo la misión de prevenir infracciones cuya comisión se teme en un futuro; posee también, pues, una naturaleza preventiva. Sin embargo, la función represiva y preventiva del Derecho penal no son opuestas, sino que deben ser entendidas de modo unitario: el Derecho penal, a través de la amenaza, imposición y ejecución de penas justas, tiene como **finalidad evitar la comisión de futuras infracciones del Derecho (prevención mediante represión)**¹⁰.

1. El castigo mediante una pena de una infracción del Derecho ya acaecida, de acuerdo con el principio de justicia distributiva, llega siempre, por su propia

⁷ Württemberg, Jescheck-Festschrift, Tomo I, pág. 38 (Zurechnung zur Schuld als «wichtige Konstante im sozialen Zusammenleben»).

⁸ Vid. Kürzinger, ZStW 86 (1974), págs. 211 ss.; Jescheck, SchwZStr 91 (1975), pág. 13 ss.; Bockelmann, Lange-Festschrift, págs. 1 ss.; Schild, ARSP 1984, págs. 108 ss.

⁹ Igualmente, Roxin, Allg. Teil, § 4 núm. 43; Hassemer, Einführung, págs. 329 ss.

¹⁰ Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, pág. 264 ss.; Lenckner, Strafe págs. 9 ss.; Roxin, Grundlagenprobleme págs. 12 ss.; el mismo, Allg. Teil I § 3 núm. 36 ss.; Rudolphi, Der Zweck staatlichen Strafrechts págs. 70 ss.; Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe págs. 74 ss.; Wessels, Allg. Teil núm. 6.

naturaleza, demasiado tarde, pues la pena mira al pasado y no puede impedir que suceda el injusto cometido. Pero la **función represiva del Derecho penal** es necesaria para poder conseguir la protección de la sociedad mediante la pena de un modo justo¹¹. En la aplicación de una pena adecuada por la realización de una infracción del Derecho, reside la confirmación evidente de la inviolabilidad del Ordenamiento jurídico. El procedimiento judicial expresa inequívocamente, tanto para el autor como para la generalidad, que el Derecho se impone, aunque a veces con retraso, y que se puede contar con que también lo hará en un futuro. A través del cumplimiento de la función represiva de una forma moderada, proporcionada y adecuada a la culpabilidad, el Derecho penal desarrolla aquella “fuerza configuradora de las costumbres¹²” que convence al conjunto de la población de la autoridad del Ordenamiento jurídico, alcanzando de esta forma el efecto preventivo al que se denomina «prevención general» (vid. *infra* § 8 II 3a). Este efecto del Derecho penal se consigue mediante la aprobación de disposiciones penales claras, accesibles a la comprensión de todos, que describan inequívocamente el contenido de desvalor de la acción prohibida, así como a través de circunstancias que agravan el hecho y la culpabilidad del autor orientadas a la determinación de la pena, que también sean comprensibles para el condenado y sean consideradas justas por la colectividad. De esta manera el mensaje del Derecho penal alcanza a sus destinatarios y requiere, por supuesto, de una información conscientemente responsable y real de los medios sobre la creación e imposición de las normas jurídico-penales. Pero también cuando interviene de forma represiva, el Derecho penal cumple *siempre una función preventiva mediata* en cuanto a la protección de la sociedad: la pena justa es, en interés de la colectividad, un instrumento irrenunciable para el mantenimiento del orden social. Junto con la así llamada prevención general *positiva* (BVerGE, 45, 187 [256])¹³, juega la prevención general *negativa* que consiste en la disuasión de futuros autores por el temor que implica la pena (vid. *infra* § 8 II 3a).

2. Pero más allá el Derecho penal tiene también que cumplir una **función preventiva inmediata**. Cada pena tiene que contribuir a que el condenado

¹¹ Gallas, Beiträge, pág. 4; Stratenwerth, Allg. Teil núm. 28 ss. Armin Kaufmann, Strafrechtsdogmatik pág. 267, se remite aquí con razón a Kant, para quien la pena persigue tanto la “justicia” como máxima moral, como la “racionalidad” como cometido políticocriminal.

¹² H. Mayer, Strafrechtsreform pág. 15; Roxin, Bockelmann-Festschrift pág. 306; Müller/Dietz, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 817 ss.; Schultz, ZStW 92 (1980) pág. 631.

¹³ Jakobs, Allg. Teil 1/15 (prevención general positiva como “ejercicio de la confianza en la norma, fidelidad al Derecho y reconocimiento de la norma”).

consolide nuevamente su respeto al Derecho, y a que por su propia fuerza y convencimiento se conduzca por el camino del Ordenamiento. El recuerdo de la ejecución del menoscabo sufrido en la libertad, patrimonio o prestigio, debe servir al autor como advertencia para futuros hechos punibles. Además, la pena privativa de libertad debe servir cuanto menos para proteger temporalmente a la sociedad del delincuente peligroso (vid. § 2, inciso segundo, StVollzG). El efecto preventivo que la pena desarrolla sobre el mismo reo se denomina “prevención especial” (vid. *infra* 8 II 3 b). Junto al efecto preventivo-especial, al que aspira la pena respecto a todo condenado, el Derecho penal desarrolla funciones *especiales* frente a determinados grupos de delinquentes:

a) A menudo las acciones punibles son cometidas por delinquentes jóvenes (**criminalidad juvenil**). La comisión de hechos punibles leves es una manifestación normal en el desarrollo de personas jóvenes que superan esta fase por sí mismos¹⁴. Más peligrosa es, sin embargo, la **criminalidad precoz**¹⁵. Por criminales precoces se entienden los jóvenes (entre 14 y 17 años) y los semiadultos (entre 18 y 20 años) que ya en una edad infantil o juvenil sufrieron manifestaciones de abandono (escolarización irregular, interrupción temprana de las clases, incapacidad para desarrollar una profesión fija, cambios de vida inestables, consecuencias fugaces derivadas de la comisión de hechos punibles), que pueden ser síntomas precoces de una predisposición criminal. Numéricamente se calcula en un máximo del 15 % de los jóvenes que delinquen, y se acepta que en torno a una cuarta parte de los criminales precoces vuelven a cometer hechos delictivos graves todavía en una edad adulta. El número de delitos graves y menos graves por los que han sido condenados jóvenes y semiadultos se ha ido incrementando progresivamente desde la mitad de los años cincuenta. El Derecho penal juvenil previene para los casos de criminalidad leve la omisión de la persecución de los hechos por parte del Fiscal (§ 45 JGG), el archivo del proceso por parte del Juez (§ 47 JGG), la adopción de medidas educativas (§ 9 JGG) y de internamiento (§ 13 II JGG), mientras que para los supuestos de criminalidad grave se prevé la aplicación de una pena de prisión para menores (§§ 17 ss. JGG). El Derecho tutelar de jóvenes prevé, asimismo, medidas de protección y auxilio (por ejemplo, orientación y asistencia educativa, asistencia personal a jornada completa, hogares infantiles, cuidado personalizado intensivo de carácter social y pedagógico, vid. §§ 28-35 SGB VIII sobre tutela de menores y jóvenes). No obstante, la pena de prisión para menores de duración indeterminada fue derogada por la 1. JGGÄG de 30.8.1990

¹⁴ Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht pág. 5; con carácter general, Hellmer, Jugendkriminalität págs. 71 ss.

¹⁵ Frey, Der frühkriminelle Rückfallverbrecher, 1951; Munkwitz, Die Prognose der Frühkriminalität, 1967; Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht pág. 6; Hellmer, Der Gewohnheitsverbrecher pág. 63.

(BGBl I 1990 pág. 1853)¹⁶. Se debe ser especialmente cauteloso con las sanciones del Derecho juvenil que llevan asociadas la privación de libertad, dado que pueden tener efectos muy negativos sobre el condenado¹⁷.

b) Una segunda función de carácter preventivo-especial destinada a evitar la comisión de delitos es la lucha contra la **criminalidad de reincidencia**¹⁸. Hay que distinguir dos clases de reincidentes: los delincuentes habituales con una firme y enraizada inclinación a la criminalidad, y los delincuentes tendenciales con repetidos antecedentes que aunque están determinados por el desarrollo de su personalidad aún no lo están por su carrera delictiva. Para el segundo grupo, el § 48 en su antigua redacción preveía la supresión de la atenuación de la pena de prisión hasta los seis meses; pero esta previsión fue derogada por la 23. StÄG de 13.4.1986 (BGBl I pág. 393) al no dar buen resultado. Importante sigue siendo, no obstante, el hecho de que los antecedentes penales sean la causa más frecuente de agravación *genérica* de la pena. Preferente resulta, además, el planteamiento de que la repetida desobediencia a la Ley debe ser castigada más gravemente por motivos de justicia y de prevención general¹⁹; por el contrario, desde una perspectiva preventivo-especial las penas privativas de libertad de larga duración no pueden tener ningún efecto positivo. Para delincuentes tendenciales peligrosos, el § 66 establece una custodia de seguridad de duración indeterminada. No obstante, esta última es aplicada en contadas ocasiones puesto que los Tribunales consideran injusto alargar la pena privativa de libertad más allá del marco punitivo merecido (vid. *infra* § 5 V 2)²⁰.

c) El tercer grupo, en relación al cual el Derecho penal también debe adoptar medidas preventivas especiales, son los **criminales trastornados mentalmente**²¹. Bajo tales se comprenden los delincuentes que poseen enfermedades mentales, o quienes sin padecer tales alteraciones se comportan como psicópatas, neuróticos o personas que padecen anomalías motivacionales o distintos grados de deficiencia mental o demencia senil, y que juegan un considerable papel en la criminogénesis, especialmente en la criminalidad reincidente, en la precoz y en la tardía. Para personas inculpables o que poseen una cul-

¹⁶ Acerca de sus antecedentes históricos *Heinz*, Info 1/1989 págs. 7 ss.

¹⁷ Sobre la elusión del proceso penal a través de medidas de entretenimiento, *Heinz*, ZRP 1990, págs. 7 ss. Con carácter general sobre el reciente desarrollo del Derecho criminal juvenil, *BJM* (Ed.), Grundfragen des Jugendkriminalrechts, 1990; *Heinz*, JuS 1991, 896. En relación a la tutela de jóvenes *Laubenthal*, Spindel-Festschrift págs. 795 ss. Acerca de su desarrollo internacional, *Schüler-Springorum*, ZStW 104 (1992) págs. 169 ss.

¹⁸ Sobre esta cuestión vid. *Mannheim*, HWBKrim Tomo III, págs. 38 ss.; *Kerner*, Kleines Kriminologisches Wörterbuch pág. 432; *J. Meyer*, Strafrechtliche Aspekte des Rückfalls págs. 79 ss.; *Kaiser*, Kriminologie, § 106.

¹⁹ En relación a cuestiones sobre culpabilidad *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften págs. 304 ss.

²⁰ Con carácter general en torno al problema de la reincidencia *Zipf*, Grundsätze, pág. 84.

²¹ *Göppinger*, Kriminologie, págs. 179 ss.

pabilidad disminuida se establece el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63), y para alcohólicos y adictos al consumo de drogas el internamiento en un establecimiento de desintoxicación (§ 64). Además, para el caso de delincuentes drogodependientes, que suponen un problema especialmente difícil de la política-criminal, la Ley sobre Tráfico de Estupefacientes posibilita que en lugar de la ejecución de penas de prisión no superiores en su límite máximo a dos años, se aplique un tratamiento terapéutico y rehabilitador (§§ 35 36 BtMG). El ejercicio de la acusación pública puede ser retirado cuando el acusado esté sometido a terapia rehabilitadora (§ 37 BtMG).

d) Uno de los problemas más difíciles del Derecho penal moderno es la lucha contra la **criminalidad que presentan los delitos imprudentes**, cuya principal forma de manifestación son los delitos contra la seguridad del tráfico²², aunque también cobra un importante significado en el mundo profesional (por ejemplo, en los accidentes en la construcción causados por imprudencia o en los errores médicos). Como sanciones especiales se encuentran la pena accesoria de prohibición de conducir (§ 44), como medida de seguridad la privación del permiso de conducir (§ 69) y la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión u oficio (§ 70). Las anteriores infracciones administrativas en materia de tráfico fueron trasladadas en el año 1968 a la Ley de Contravenciones, para procurar así una mayor celeridad en su castigo mediante multas impuestas por las autoridades policiales competentes, evitando así la tramitación de un procedimiento judicial (vid. *infra* § 7 V 1). Esta forma de proceder ha servido para combatir la comisión masiva de delitos leves en materia de tráfico. También dentro de las infracciones administrativas sobre tráfico está prevista como sanción adicional la prohibición de conducir (§ 25 StVG). Puede imponerse, asimismo, la obligación de tomar parte en las clases sobre seguridad vial (§ StVO).

3. El Derecho penal moderno, para poder prevenir eficazmente las distintas formas de manifestación de la criminalidad, se sirve tanto de la pena dirigida al culpable como de la medida de seguridad destinada a combatir la peligrosidad ("**segunda vía**"). Las medidas de seguridad no son, sin embargo, extrañas a la esencia del Derecho penal sino que pertenecen al mismo de forma plenamente coherente: presuponen siempre la existencia de un hecho antijurídico (§ 11 I núm. 5), con carácter general no se aplican de modo exclusivo sino conjuntamente con una pena, y nunca pueden ser impuestas sino a través de una resolución judicial dictada en un proceso penal con todas las garantías. Los riesgos que conllevan las medidas de seguridad residen en la disolución del principio de culpabilidad, en la excesiva amplitud de sus presupuestos, en la aproximación de la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad a las penas de prisión, en la inseguridad de los juicios de pronóstico y en la indeterminación de su duración

²² Vid. *Kaiser*, Kriminologie §§ 95 ss.; *el mismo*, Verkehrsdelinquenz págs. 183 ss.

(vid. *infra* § 9 II 2). En atención a estos riesgos el Código Penal, desde la reforma de 1975, previene numerosas mejoras (vid. *infra* § 77 VI), aunque sin renunciar totalmente a las medidas de seguridad privativas de libertad.

4. La reciente propuesta de introducción de la reparación del daño como una sanción jurídico-penal autónoma (la denominada “**tercera vía**”)²³, no resulta por el contrario recomendable porque la indemnización de los daños es obligatoria de todas formas como consecuencia jurídico-civil del hecho punible, y debe ser mantenida libre de elementos punitivos. La reparación del daño debe quedar limitada a sus legítimas funciones como obligación (§§ 56 b II núm.1, 57 III, 59 a II núm. 1 StGB; 153 a I, inciso primero núm. 1, II StPO) y como causa de atenuación de la pena (vid., más detalladamente *infra* 81 II).

III. Protección de bienes jurídicos y de valores ético-sociales

1. El Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos²⁴. Todas las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública. Tales bienes vitales básicos son, por ejemplo, la vida de las personas, la integridad corporal, la libertad personal de acción y la ambulatoria, la propiedad, el patrimonio, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, el Ordenamiento constitucional,

²³ En este sentido, *Roxin*, *Neue Wege* pág. 370; *el mismo*, *Allg. Teil I* § 3 núm. 63 ss.; *Jung* *ZStW* 99 (1987) págs. 533 ss. En contra, con razón, *Hirsch*, *ZStW* 102 (1990) págs. 537 ss; *Dölling*, *JZ* 1992, 492. De acuerdo con el Proyecto Alternativo sobre reparación del daño de 1992 (§ 4), el Tribunal debe poder prescindir del castigo en caso de que se produzca una reparación del daño satisfactoria aunque únicamente en delitos de bagatela, lo que según ello sucedería cuando el autor sea castigado con una pena no superior al año de prisión. Al respecto, *Weigend*, *GA* 1992 págs. 364 ss. En contra, acertadamente, *Lampe*, *GA* 1993, págs. 485 ss. La Ley de lucha contra el delito de 28.10.1994 (BGBl I pág. 3186) ha desatendido los inconvenientes planteados con la introducción del nuevo § 46 a, que previene la posibilidad de prescindir de la pena cuando el autor haya reparado completamente o en su mayor parte el hecho cometido, o incluso cuando sólo ha intentado seriamente su reparación, siempre que no hubiere sido condenado a una pena superior al año de prisión o a 360 días-multa. En contra de la asunción de conciliación entre autor y víctima como “tercera vía” en el sistema jurídico-penal de sanciones *Walter*, *Über das Verhältnis des Täter-Opfer-Ausgleichs zum Kriminalrechtssystem* pág. 63. Sobre la relación entre la responsabilidad jurídico-civil y la penal, fundamentalmente *Stoll*, *Haftungsfolgen* págs. 55 ss.

²⁴ *Roxin* *Allg. Teil I* § 2 núm. 1; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 19 núm. 4; *Otto Grundkurs*, págs. 7 ss.; *AK (Hassemer)* *Vorbem.* págs. 255 ss. antes del § 1.

la paz pública, la seguridad exterior del Estado, la intangibilidad de los órganos estatales extranjeros y de los emblemas nacionales, la seguridad de las minorías nacionales, étnicas y culturales, que deben ser preservadas de su exterminio o tratamiento indigno, la paz internacional, etc. También hay bienes vitales que consisten exclusivamente en convicciones morales de la sociedad profundamente enraizadas, tal y como sucede con el bien protegido por el precepto penal que sanciona el maltrato de animales (§ 17 TierSchG). A través la asunción de estos valores por el ámbito de protección del Ordenamiento jurídico, aquéllos se convierten en bienes jurídicos²⁵. Todas las disposiciones penales del Derecho positivo alemán tienen por objeto la protección de uno o de varios bienes jurídicos²⁶. El *desvalor de resultado* del hecho punible reside en la lesión o en la concreta puesta en peligro del objeto de una acción —o de un ataque— (por ejemplo, de la vida de una persona, de la seguridad vial de alguien que circula), que pretende ser asegurado por la disposición penal como manifestación externa o titularidad del bien jurídico protegido.

La existencia de bienes jurídicos protegidos penalmente es variable. En el Derecho actual hay tanto manifestaciones del proceso **incriminador** (por ejemplo, el blanqueo de capitales, § 261) como del fenómeno **descriminalizador** (por ejemplo, la desaparición de la punibilidad de comportamientos sexuales a través de la derogación del § 175 en el art. I, núm. 1, de la 29. StÄG de 31.5.1994)²⁷. Además, la evaluación cambiante de los bienes jurídicos se expresa también con el cambio de la práctica sancionadora²⁸.

2. Las normas jurídico-penales no protegen a los bienes jurídicos sencillamente en su existencia, sino únicamente frente a **acciones humanas**²⁹. Por eso al Derecho penal no le interesan catástrofes naturales inevitables, incluso aunque éstas causen graves daños. De significado jurídico-penal son únicamente las consecuencias de la voluntad humana que desatiende la **pretensión de validez del bien jurídico**, socavando así la base de confianza necesaria en la convivencia de

²⁵ Acerca de la relación entre valor y bien jurídico vid. *Hippel*, Tomo I págs. 10 ss.; *Armin Kaufmann*, Normentheorie, págs. 69 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 36 ss.; *Lampe*, *Welzel-Festschrift* págs. 151 ss.; *SK (Rudolphi)* Vorbem. págs. 3 ss. antes del § 1.

²⁶ Si también meras infracciones morales son sometidas a pena, es una cuestión de la Política criminal a determinar por las convicciones ético-sociales más básicas, tal y como lo demuestra el Derecho penal islámico contenido en el Corán. Al respecto, *Roxin*, Allg. Teil I § 2 núm. 3.

²⁷ Vid., con más detalle, *Tiedemann*, ZStW 86 (1974) págs. 310 ss.; *Jescheck*, MPG-Jahrbuch 1975 págs. 55 ss.

²⁸ Vid., con más detalle, *Kaiser*, ZStW 86 (1974) págs. 360 ss.

²⁹ Vid., *Welzel*, *Kohlrausch-Festschrift* págs. 107 ss.; *el mismo*, Lehrbuch pág. 4; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 51; *Maurach/Zipf* Allg. Teil I § 7 núm. 4.

las personas. El *desvalor de acción* del hecho punible reside en la acción peligrosa objeto del ataque. El Derecho penal materializa la protección de bienes jurídicos, pues busca mantener la concordancia entre la voluntad de los destinatarios de la norma y las exigencias del Ordenamiento jurídico. El delito se muestra así, simultáneamente, como la lesión del bien jurídico y la infracción del deber.

El acento en la protección de bienes jurídicos como misión preferente del Derecho penal es una característica de la concepción *liberal* del Estado. Detrás de ello está el convencimiento de que la cualidad interna de la acción humana no puede ser sometida al enjuiciamiento del Derecho penal, pues únicamente pueden ser reconocidas las manifestaciones externas de la conciencia. En contra de esta concepción habla, en cambio, la circunstancia de que, a la larga, la protección de bienes jurídicos sólo puede ser alcanzada si en los ciudadanos se produce una actitud positiva hacia los bienes jurídicos. Por ello, la teoría *ético-social* del Derecho penal considera al castigo del “declive activo de los valores básicos del actuar jurídico” como función primaria³⁰. La consecuencia última de esta visión sería, sencillamente, la graduación de las amenazas penales de acuerdo con el grado de desvalor de acción, lo que conduciría a la punición generalizada de la tentativa, y a la desconsideración del resultado en la consumación del hecho punible, en la tentativa acabada y en el delito imprudente. Pero éste no es ni el punto de vista del Derecho vigente ni la intención del legislador para el futuro. Pero la misión del Derecho penal no se acomoda sin contradicciones en una construcción monista, sino que únicamente puede ser explicada de forma plenamente coherente si la *protección de bienes jurídicos y su incidencia sobre la voluntad de la acción* de los destinatarios de la norma, son entendidas como funciones valorativamente equivalentes, recíprocamente complementarias, así como condicionantes y limitadoras³¹.

§ 2 Conceptos básicos del Derecho penal

Amelung, Strafbarkeit von “Mauerschützen”, JuS 1993, 637; *el mismo*, Anmerkung zu BGH NStZ 1994, 533, NStZ 1995, pág. 29; *Ancel*, La défense sociale nouvelle, 3.^a Ed. 1981 (traducción alemana de la segunda Ed. «Die neue Sozialverteidigung» por *Melzer*, 1970); *J. Arnold*, Deutsche Einheit: Strafrechtliche Übergangsprobleme, en: *Eser/Huber* (Edrs.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Tomo 4.1, 1993, pág. 341; *J. Arnold/M. Kühl*, Probleme der Strafbarkeit von “Mauerschützen”, JuS 1992, 991; *Arroyo Zapatero*, Jurisprudencia Constitucional en materia penal, Cuadernos de Política Criminal 1982,

³⁰ Así, *Welzel*, Kohlrausch-Festschrift págs. 1 ss.; también *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert, pág. 143.

³¹ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I, § 17 núm. 1; BGH 2, 364 (368). Acerca de la dañosidad social como frontera de la incriminación *Amelung*, Rechtsgüterschutz págs. 350 ss. Convincientemente, en contra del punto de vista extremo de *Zielinski* (vid. *supra* nota a pie núm. 30), *Stratenwerth*, Schaffstein-Festschrift, págs. 177 ss.

385 ss.; 1984, 510 ss.; *Arzt*, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *Barbero Santos*, Die Strafrechtsreform der spanischen konstitutionellen Monarchie, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 893; *Bassiouni*, Draft Statute International Criminal Tribunal, 1992; *Böllinger/Lautmann* (Edrs.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft (Essays zu Ehren von H. Jäger), 1993; *Bosch*, Neues Strafrecht in Italien, JZ 1985, 476; *Bricola*, Teoria generale del reato, Novissimo Digesto Itallano XIX (1973) págs. 14 ss.; *Burgstaller*, Das neue österreichische Strafrecht in der Bewährung, ZStW 94 (1982) pág. 723; *Cornils*, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im schwedischen Recht, JR 1981, pág. 309; *Dahm*, Völkerrecht, Tomo III, 1961; *Dieblich*, Der strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter der Europäischen Gemeinschaften, Diss. Köln 1985; *Ernst*, Die Ausübung der Vereinsgewalt, Diss. Köln 1969; *Flume*, Die Vereinsstrafe, Festschrift für E. Boetticher, 1969, pág. 101; *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 1985; *Ganter*, Die Spruchpraxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte auf dem Gebiet des Strafvollzugs, 1974; *Graefrath*, Die Verhandlungen der UN-Völkerrechtskommission zur Schaffung eines Internationalen Strafgerichtshofs, ZStW 104 (1992) pág. 190; *Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, en: *Isensee/Kirchhof* (ed.), Handbuch des Staatsrechts, Tomo I, § 20, 1991; *Heinz*, Abschied von der Erziehungsideologie im Strafrecht, Recht der Jugend 1992, 123; v. *Hentig* Die Strafe, Tomo II, 2.^a Ed. 1955; *Herrmann*, Menschenrechtsfeindliche und menschenrechtsfreundliche Auslegung usw., NStZ 1993, 118; *Hirsch*, Die Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 304; *Huber*, Die Freiheitsstrafe in England und Wales, 1983; *Jakobs*, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? en: *Battis/Jakobs/Jesse* (Edrs.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, 37; *el mismo*, Untaten des Staates-Unrecht im Staat, GA 1994, 1; *Jéol*, La poitique criminelle en France, Rev int dr pén 1982, pág. 903; *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952; *el mismo*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten des Völkerstrafrechts, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 47; *el mismo*, Die Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze usw., Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 27; *el mismo*, Das neue deutsche Strafrecht im internationalen Zusammenhang, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1975, S. 49; *el mismo*, Das neue deutsche Strafrecht in der Bewährung, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1980, pág. 18; *el mismo*, Entwicklung, gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten des internationalen Strafrechts, GA 1981, 49; *el mismo*, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung, en: *Jescheck* (Ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Tomo III, 1984, pág. 1939; *el mismo*, Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 100 (1983) pág. 1; *el mismo*, Die Schuld im Entwurf eines Strafgesetzbuchs für England und Wales usw., Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *Kaiser*, Entwicklungstendenzen des Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, págs. 25 ss.; *Kaiser/Metzger-Pregizer* (Edrs.), Betriebsjustiz, 1976; *van Kalmthout/Tak*, Sanctions-Systems in the Member-States of the Council of Europe, Part I, 1988; Part II, 1992; *Klose*, «jus puniendi» und Grundgesetz, ZStW 86 (1974), pág. 33;

Kreuzer, Jugendkriminalität, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a Ed. 1993, pág. 182; *Küper/Willms*, Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992, 91; *Lahti*, Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Finnland, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 871; *Lange*, Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 345; *Lecheler*, Unrecht in Gesetzesform? 1994; *Liebs*, Damnum, damnare und damnas, Zeitschrift der Savigny-Stiftung 85 (1968) pág. 173; *Limbach*, Vergangenheitsbewältigung usw., DtZ 1993, 66; *Listl/Müller/Schmitz* (Eds.), Handbuch des Kath. Kirchenrechts, 1983; *Meyer-Cording*, Die Vereinsstrafe, 1957; *Norval Morris*, The Future of Imprisonment, 1974; *Nuvolone*, La legislazione penale italiana dal 1976 ad oggi, SchwZStr 102 (1985) pág. 1; *Pagliari*, Sullo schema di d'segno di legge delega per un nuovo codice penale, La Giustizia Penale 1993, pág. 170; *Pahud de Mortanges*, Zwischen Vergebung und Vergeltung, 1992; *Peters*, Jugendstrafrecht, HWBKrim, Tomo I, 1966, pág. 455; *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, pág. 105; *Rees*, Die Strafgewalt der Kirche, 1993; *Schittenhelm*, Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Strafrecht, 1994; *Schroeder*, Die Rechtswidrigkeit der Flüchtlingserschießungen usw., JR 1993, 45; *Schultz*, Vierzig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch, SchwZStr 99 (1982) pág. 1; *Schutte*, The European Market of 1993 usw., in *Eser/Lagodny* (Eds.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, 1992, pág. 387; *Sieber* (Ed.), Europäische Einigung und europäisches Strafrecht, 1993; *Spaniol*, Zur Strafrechtsentwicklung in Frankreich, JZ 1985, pág. 618; *Stoll*, Schadensersatz und Strafe, Festschrift für M. Rheinstein, Tomo II, 1969, pág. 569; *Tiedemann*, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1411; *el mismo*, Reform des Sanktionenwesens auf dem Gebiet des Agrarmarktes der EWG, Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, pág. 101; *el mismo*, Der Strafschutz der Finanzinteressen der EG, NJW 1990, 2226; *el mismo*, Anmerkung zu EuGH EuZW 1990, pág. 100; *el mismo*, Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, pág. 23; *Verhaegen*, La révision du Code pénal belge, SchwZStr 98 (1981) pág. 1; *Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen, ZStW 105 (1993) pág. 774; *Weitnauer*, Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe, Festschrift für R. Reinhardt, 1972, pág. 179; *Winkler*, Zur Rechtsnatur der Geldbuße im Wettbewerbsrecht der EWG, 1971; *E. Wolf*, Ordnung der Kirche, 1961; *Würtenberger*, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 1970; *el mismo*, Zur Reform des Jugendkriminalrechts, Archiv für Wissenschaft und Praxis in der soz. Arbeit, 1971, pág. 81.

I. Derecho penal y poder punitivo

1. El **Derecho penal** determina qué transgresiones contra el orden social constituyen delito, amenazando con la pena como consecuencia jurídica por la realización de aquél. Además, con motivo de la ejecución de un hecho delictivo, también prevé la aplicación de medidas de seguridad y corrección entre otras (pérdida de la ganancia, comiso, inutilización, etc., vid. § 11 I núm. 8).

La denominación "Derecho penal" ("Strafrecht") que se anuda a la "pena" ("Strafe") [expresión alemana de la Alta Edad Media utilizada para "reprensión", "reprimenda"] como consecuencia jurídica del delito, se ha impuesto desde principios del siglo XIX, frente a la anterior y usual expresión de "Derecho criminal" que recuerda al "crimen" como el otro contenido esencial del Derecho penal. En una etapa histórica anterior nos encontrábamos, asimismo, con la expresión "Derecho penal" ("peinliches Recht"), deducida de la palabra "pena" ("Pein") procedente del latín "poena"; a su vez, ésta tiene su origen en la palabra griega "poine"¹. El primer Ordenamiento jurídico-penal del Imperio alemán data de 1532 cuyo título germano era "Ordenamiento penal de Justicia del Emperador Carlos V" ("Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V"), y su enunciado latino el de "Constitutio Criminalis Carolina". En los idiomas francés e inglés son utilizadas, indistintamente y sin diferenciación alguna por su significado, las expresiones "droit pénal", "droit criminel" y "penal law", "criminal law", respectivamente. La denominación italiana reza "diritto penale" y la española "derecho penal". En los idiomas eslavos se encuentra tanto la expresión rusa "Ugolownoje pravo" (Derecho criminal) como la polaca "Prawo karne" (Derecho penal).

A pesar de que la denominación "Derecho penal" no cubre exactamente la totalidad del ámbito del Derecho, en un tiempo en el que junto a la pena aparece también la medida de seguridad, la usual expresión resulta defendible para el Derecho penal *general* porque la pena es impuesta en un primer plano como medio de control social, mientras que la medida de seguridad se dirige más a una función complementaria. Por el contrario, la denominación "Derecho penal *juvenil*" únicamente se justifica si queda claro que se trata sólo de una parte del ámbito mucho más amplio del "Derecho *tutelar juvenil*", en el que la intervención jurídico-penal es únicamente la "ultima ratio". El Derecho penal juvenil se presenta en realidad como un ámbito especial del Derecho penal en el que, simultáneamente, la pena es una excepción, frente a las medidas de seguridad de asistencia, corrección y educación de jóvenes impuestas por distintas instancias con motivo de la realización de un hecho punible, y donde únicamente se recurre a ella cuando el tratamiento tutelar no es suficiente por la gravedad del hecho cometido o por la trayectoria criminal del autor².

¹ Vid. *Liebs Zeitschrift der Savigny-Stiftung* 85 (1968) pág. 198; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 1 núm. 2 [Como el lector podrá comprender, la usual y consolidada traducción de la expresión «Strafrecht» por «Derecho Penal», obliga a tener que utilizar también esta última denominación para los términos «peinliches Strafrecht», que son en realidad los que mejor y más literalmente se compatibilizan con los vocablos castellanos de origen latino «Derecho penal». N del T].

² Con más detalles al respecto, *Peters*, HWB Krim Tomo I págs. 455 ss; *Württemberg*, Archiv 1971, págs. 81 ss. Para el mantenimiento y evolución cronológica del cambio en el pensamiento educativo en esta materia vid. *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht, pág. 43; *Heinz*, Recht der Jugend

2. El Derecho penal se basa en el **poder punitivo** (“ius puniendi”) del Estado³ que es, por otro lado, una parte del poder coactivo del Estado. La creación e imposición de un Ordenamiento jurídico pertenece a las funciones elementales del Estado, pues sin aquél la convivencia humana no sería posible. El Derecho penal es una parte imprescindible de todo Ordenamiento jurídico, pues cuanto más profundiza el moderno Estado social en un rol planificador, director y asistencial, con mayor fuerza subsiste la *protección* de la convivencia de las personas en la comunidad como una de sus funciones principales. Por ello, la coerción penal pertenece a las experiencias más tempranas de la Humanidad y el castigo de los delitos era en todas las culturas una de las más viejas funciones de la comunidad. La concepción popular divisa, todavía hoy, al Derecho penal como *el Derecho por antonomasia* aunque, naturalmente, es sólo una parte del conjunto del Ordenamiento jurídico junto con otras mucho más ricas en extensión como el Derecho civil, constitucional, administrativo, del trabajo y social. Anteriormente, el poder punitivo del Estado era concebido de un modo *ilimitado* sobre la base de su soberanía. En la actualidad, por el contrario, todo Estado debe soportar **limitaciones** de su autonomía en el terreno jurídico-penal, tanto a través de normas jurídicas de rango superior como también por medio de un poder jurisdiccional supraestatal (todavía hoy en sus comienzos).

Inviolable y extraído del ejercicio del poder estatal, existe “un cierto núcleo central del Derecho que, de acuerdo con la convicción general, no puede ser infringido por ninguna Ley ni por ninguna otra medida del poder público” (BGH 2, 234 [237]; 39, 1 [16]). De acuerdo con ello, ni puede estar permitido o impuesto un injusto material de gran trascendencia (por ejemplo, los crímenes cometidos por el nacional-socialismo con anterioridad a 1945), ni pueden estar sometidas a pena acciones (por ejemplo, la escucha de emisoras extranjeras) que, dentro del marco de nuestro espacio cultural, se mantienen dentro de la libertad tradicional (límites al poder punitivo estatal procedentes del respeto a los *derechos humanos*)^{4 5}. Directamente enlazadas con el poder coercitivo

1992, págs. 123 ss.; vid., además, el material recopilado por *Kreuzer*, Kleines Kriminologisches Wörterbuch pág. 161; *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht págs. 71, 118.

³ Una exposición sobre este tema puede verse en *Jiménez de Asúa*, Tomo II págs. 11 ss.; vid., además, *Triffterer*, Allg. Teil págs. 4 ss.; la postura de *Klose*, ZStW 86 (1974) págs. 64 ss., de que puede ser fundamentado sobre la Constitución un Derecho juvenil que únicamente contenga medidas de seguridad, contradice el tenor literal y el sentido del art. 74.1 GG. En contra también de *Klose* se pronuncia *Roxin*, Allg. Teil I § 2 núm. 1, nota a pie núm. 2.

⁴ Estipulaciones de Derecho internacional relativas a la dignidad de la persona pueden encontrarse recopiladas en *Häberle*, Handbuch des Staatsrechts § 20 núm. 1.

⁵ Vid. BVerG, 1, 14 (18); BGH 1, 391 (399); 2, 173 (177); 2, 333 (334); 3, 357 (363); *Radbruch*, SJZ 1946, 105; *Kohlrausch/Lange*, System. Vorbem. III 2 c. De acuerdo con ello, el § 27

del Estado están también, de acuerdo con el art. 25 GG, las reglas generales del Derecho internacional; tienen preferencia sobre las leyes (aunque no sobre la Constitución) y generan obligaciones y derechos para todos de un modo inmediato. Bajo las mismas se comprenden aquellas reglas del Derecho internacional que están reconocidas por la gran mayoría de los Estados —aunque no necesariamente deben estarlo por Alemania—, como por ejemplo el Derecho de guerra, de acuerdo con el cual están prohibidos la toma de rehenes, el saqueo, el homicidio de los enemigos capturados, el trato inhumano de presos de guerra, así como el traslado forzoso de la población a otros lugares; se reconoce, asimismo, el derecho a un intérprete para el procedimiento oral cuando el acusado no domine suficientemente el idioma en el que se desarrolla el juicio (BVerG, NJW 1988, 1462), así como el principio de especialidad en el Derecho de extradición (BGH 15, 125 [126]) (limitaciones de *Derecho internacional* al poder punitivo estatal). Otras normas de Derecho internacional como, por ejemplo, las libertades contenidas en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4.11.1950 (BGBl. 1952 II pág. 686) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 (BGBl 1973 II pág. 1534), deben ser asumidas a través de una transformación especial como Derecho estatal interno. Un *poder punitivo supraestatal* no ha sido creado ni a través del acuerdo londinense de los cuatro grandes sobre la persecución y castigo de los principales criminales de guerra de 8.8.1945 ni, más tarde, con el desarrollo de los esfuerzos destinados a la consecución de un Tribunal Penal internacional⁶. El Tribunal Penal creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra cometidos en Yugoslavia, puede suponer un nuevo desarrollo, caso de que realmente pueda comenzar a funcionar (vid. *infra* § 14 II 4). Un significado limitado para el poder punitivo estatal posee el sistema de protección jurídica de la Convención Europea de Derechos Humanos de 4.11.1950 con sus sucesivos protocolos, a través de los controles de las resoluciones de tribunales y otros actos

II de la Constitución de la RDA es nulo como causa de justificación, en tanto que admite el disparo peligroso para la vida de los fugitivos que intentan atravesar el muro (BGH 39, 1 [15 ss.]; 39, 168 [183 ss.]; 40, 241 [245 ss.]; BGH NSTZ 1994, 533 con comentario de *Amelung*, NSTZ 1995, 29; LG Berlin NJ 1992, 269; KG NJW 1991, 2653 [2654]; igualmente, *Dreher/Tröndle*, Vorbem. 52 antes del § 3; *Lecheler*, Unrecht in Gesetzesform? PÁG. 14; *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núm. 52 b; *Lackner*, § 7 núm. 2; *Küpper/Willms*, ZRP 1992, 93; *Limbach*, DtZ 1993, 66 (69). Críticos con la fundamentación del BGH, *Schroeder*, JR 1993, 45; *Herrmann*, NSTZ 1993, 118; *Amelung*, JuS 1993, págs. 637 ss.; a favor de la impunidad, por el contrario, *Grünwald*, StV 1991, 31; *J. Arnold/M. Kühl*, JuS 1992, págs. 994 ss.; *Jakobs*, Vergangenheitsbewältigung pág. 37; *el mismo*, GA 1994, 19. En contra de estas últimas opiniones, con razón, *Schroeder*, JZ 1992, págs. 991 ss. Una recopilación de la bibliografía existente acerca de los disparos llevados a cabo por las tropas fronterizas de la desaparecida RDA puede encontrarse en *J. Arnold*, Deutsche Einheit, págs. 390 ss.

⁶ *Jescheck*, Völkerstrafrecht págs. 283 ss.; *el mismo*, Grünhut-Erinnerungsgabe págs. 50 ss.; *el mismo*, GA 1981, págs. 53 ss.; *Bassiouni*, Draft Statute International Criminal Tribunal, 1992; *Graefrath*, ZStW 100 (1992) págs. 190 ss.

soberanos de la Justicia⁷. Por el contrario la Unión Europea, cuyo Derecho posee validez y preferencia inmediata sobre el Derecho nacional de los Estados miembros, posee sólo un estrecho y limitado Ordenamiento del poder punitivo y carece de competencia para imponer sanciones jurídico-penales (BGH 25, 190 [193 ss.]) (sobre el Derecho penal europeo vid. *infra* § 18 VII)⁸. Pero el Derecho internacional no sólo puede limitar a los Estados en el ejercicio de su poder punitivo, sino que también puede obligarlos a castigar determinados hechos, lo que puede suceder tanto mediante convenios como a través de la aplicación de sus reglas generales (Derecho *estatal prescrito internacionalmente*)⁹. Un ejemplo lo ofrece la introducción del § 316 c relativo al castigo de la piratería aérea, con motivo del Convenio de Haager sobre la lucha contra el secuestro ilegal de naves aéreas de 16.12.1970 (BGBl 1972 II pág. 1505), así como la incorporación al poder punitivo alemán de la persecución de “hechos que, con motivo de un Tratado suscrito por la República Federal Alemana con otros países, también deban ser perseguidos aún cuando sean cometidos en el extranjero” (§ 6 núm. 9).

3. También la **Constitución** influye de múltiples formas sobre el Derecho penal¹⁰. En aquella misma se contienen normas importantes tales como la desaparición de la pena de muerte (art. 102 GG) y el principio de legalidad (art. 103 II GG). También a través de la Constitución se determinan los principios generales de la Política criminal (vid. *infra* § 4). Además, de ella se deriva asimismo la obligación del Estado de proteger bienes jurídicos de alto rango a través de las normas penales. Y así, la solución del plazo para la interrupción del embarazo inicialmente prevista por el § 218 a II introducido por la 5. StÄG de 18.6.1974 fue declarada contraria a la norma fundamental por el Tribunal Constitucional

⁷ Vid., con carácter general, *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, arts. 19 ss., así como las contribuciones alemanas y extranjeras sobre el tema, “Der Einfluß der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht”, ZStW 100 (1988) págs. 406 ss.; 601 ss. (*Kühl, Fuchs, Schroth, Riz, Trechsel*); acerca del Derecho penitenciario, *Ganter*, Spruchpraxis págs. 67 ss.

⁸ *Tiedemann*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1410 ss.; *el mismo*, Pfeiffer-Festschrift págs. 101 ss.; *el mismo*, NJW 1990, 2226 y NJW 1993, págs. 24 ss.; *LK* (11.^a) (*Jescheck*), Introducción núms. 105 ss.; *Schutte*, The european Market págs. 387 ss.; EuGH EuZW 1990, 99 con comentario de *Tiedemann*; EuGH NJW 1993, 47 con comentario de *Tiedemann*. Vid., además, *Dieblich*, Der strafrechtliche Schutz págs. 231 ss.; *Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, 1971. Acerca de las posibilidades y límites de un verdadero Derecho penal europeo *LK* (11.^a) (*Jescheck*) Introducción núms. 98 ss.; *Sieber* (Ed.), Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, 1993.

⁹ Sobre esta cuestión vid. *Dahm*, Völkerrecht Tomo III págs. 285 ss.

¹⁰ *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; *LK* (11.^a) (*Jescheck*), Introducción núm. 9; en relación a Italia vid. *Bricola*, Teoria generale del reato, Novissimo Digesto Italiano XIX (1973) págs. 14 ss.; en relación a España vid. *Arroyo Zapatero*, Cuadernos de Política Criminal 1982, págs. 385 ss.; 1984, págs. 510 ss.

(“preferencia de la protección de la vida sobre el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad”), y exigió una protección penal suficiente para la vida en formación (BVerGE, 39, 1 [65 ss.])¹¹. Por el contrario, a partir de ahora la sentencia del Tribunal Constitucional de 28.5.1993 (BVerGE 88, 203) se conforma con el cumplimiento de un deber por parte de la mujer embarazada, consistente en la recepción del correspondiente asesoramiento, como fundamento para la impunidad de aquélla en el supuesto de una interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico dentro de las doce primeras semanas posteriores a la concepción, declarando sin embargo ilegal el aborto que se lleve a cabo fuera de las indicaciones previstas en el § 218 a II y III. También hay límites al poder punitivo estatal que se derivan de las normas de la Constitución¹². Así sucede con el principio de proporcionalidad (§ 62) suministrado al legislador a través de la Constitución (BVerGE, 342 [348 ss.]; 35, 382 [400 ss.]; 61, 126 [134]).

II. Delito, pena y medida de seguridad

1. Hecho punible, pena y medida de seguridad son conceptos básicos del moderno Derecho penal. El **delito** es el comportamiento antijurídico amenazado con pena y determinado en sus caracteres por el tipo de una Ley penal, que el autor ha realizado de modo culpable (concepto tripartito del delito)¹³. La **pena** es la respuesta a una considerable infracción jurídica a través de la imposición de un mal adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor, que expresa una desaprobación pública del hecho y que, por ello, supone una confirmación del Derecho. Además, la pena debe desarrollar para el autor mismo un efecto positivo, puesto que aquélla debe favorecer su socialización o, por lo menos, no debe obstaculizarla (§ 46 I 2). La imposición de la pena está reservada en exclusiva al Juez de acuerdo con lo dispuesto en el art. 92 GG (BVerGE 22, 49 [77 ss.]). La **medida de seguridad** sirve a la protección de la generalidad y del autor mismo, contrarrestando el peligro de reincidencia determinado con motivo de la comisión por aquél de un hecho antijurídico. Dicha protección se pretende conseguir en parte mediante la privación de libertad dirigida al aseguramiento (custodia de seguridad) o al tratamiento terapéutico (internamiento en un establecimiento desintoxicador), en parte a través de la privación de determinados derechos (privación del permiso de conducir) y en parte por medio de controles

¹¹ Mostrándose de acuerdo, con carácter general, *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 19 ss.

¹² *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 9 ss.

¹³ Doctrina dominante; vid. *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 19 ss.

ambulatorios (vigilancia de la conducta). El Derecho vigente ha mantenido el principio de la doble vía, aunque su principal problema consiste en la relación entre las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad del mismo carácter (vid. *infra* § 9 II 2).

2. Los fundamentos del Derecho penal, tal y como se describen en los conceptos de delito, pena y medida de seguridad, han permanecido en su esencia invariables a lo largo del movimiento de reforma del Derecho penal que se ha impuesto con posterioridad a 1945 en un considerable número de países¹⁴. Ni ha sido abandonado el concepto de delito en beneficio de una fórmula imprecisa como “inadaptación”, “situación de abandono” o “comportamiento desviado”¹⁵, ni ha desaparecido completamente la pena para ser ocupado su lugar por el concepto valorativamente neutro de medida de seguridad, ni esta última ha perdido tampoco su relación con la comisión de un delito. Por el contrario, se detecta un creciente escepticismo en todo el mundo en relación al valor preventivo-especial de la pena de prisión¹⁶ y, en consecuencia, en torno a los esfuerzos dirigidos a su sustitución por sanciones que no lleven aparejada la pérdida de libertad. Además, como elemento común a todo el movimiento internacional de reforma del Derecho penal, destaca la voluntad de dotar al sistema de consecuencias jurídicas del delito de un

¹⁴ Básicamente al respecto, *Lange*, DJT-Festschrift Tomo I pág. 345. En relación a la reforma alemana, *Jescheck*, MPG-Jahrbuch 1980 págs. 18 ss.; *el mismo*, SchwZStr 100 (1983) pág. 1; *LK* (11.ª) (*Jescheck*), Introducción, núms. 58 ss.; en cuanto a la reforma austríaca, *Burgstaller*, ZStW 94 (1982) pág. 723; en relación a la reforma suiza *Schultz*, SchwZStr 99 (1982); en lo tocante a la reforma francesa que ha conducido al nuevo Código penal de 1994, *Jéol*, Rev int dr pén 1982, 903; en cuanto a la reforma belga *Verhaegen* SchwZStr 98 (1981) pág. 1; sobre la reforma italiana, el proyecto “Schema di delega legislativa per l’emanazione di un nuovo codice penale” (1992); *Pagliari*, La Giustizia Penale 1993, 170; *Nuvolone*, SchwZStr 102 (1985) pág. 1 y *Bosch*, JZ 1985, 476; en torno a la reforma inglesa *Huber*, Die Freiheitsstrafe in England und Wales, 1983 y *Jescheck*, R. Schmitt-Festschrift págs. 56 ss.; en relación a la reforma española *Barbero Santos*, *Jescheck-Festschrift* Tomo II pág. 893 y el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 (el texto puede encontrarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, V Legislatura, 26 de septiembre de 1994, núm. 77-1); sobre la reforma sueca *Cornils*, JR 1981, 309; en cuanto a la reforma finlandesa *Lahti*, *Jescheck-Festschrift* Tomo II pág. 871; sobre la reforma de la desaparecida Unión Soviética *Schittenhelm*, Strafe ynd Sanktionensystem im sowjetischen Strafrecht págs. 620 ss.; acerca de la reforma brasileña el Proyecto de 1994 de la Parte Especial del Código penal. En relación a su conjunto *Jescheck*, MPG-Jahrbuch 1975, pág. 49; *LK* (11.ª) (*Jescheck*), Introducción núms. 108 ss. En cuanto al sistema de sanciones *van Kalmthout/Tak*, Sanctions-Systems, Part I (1988), Part II (1992).

¹⁵ Acerca del concepto de “comportamiento desviado” en la Criminología *Kaiser*, Kriminologie § 40 núms. 2 ss.

¹⁶ *Jescheck*, Freiheitsstrafe págs. 1971 ss.; *v. Hentig*, Die Strafe Tomo II pág. 160; *Norval Morris*, Imprisonment págs. 12 ss.

determinado sentido educacional acorde con un ideal humanitario. En la línea de este pensamiento se intenta adaptar la sanción a la personalidad del reo, ampliar el tratamiento del delincuente cuando está en libertad, apoyar la pena dotada de medidas de asistencia social, dirigir la ejecución de la pena del condenado hacia la resocialización, facilitar la reincorporación a la sociedad del preso recién liberado, así como recordar a la sociedad su corresponsabilidad con las personas que han delinquido¹⁷. El “malestar con el Derecho penal”, detectable sobre todo en la literatura de las ciencias sociales, no ha aportado hasta el momento nada mejor¹⁸.

III. Las sanciones no penales

Junto con la pena estatal de naturaleza criminal existen otras distintas clases de sanciones. Deben mencionarse las **sanciones públicas no penales** que son medios coactivos dirigidos a conseguir un comportamiento futuro (por ejemplo, el medio compulsivo contenido en el § 888 I ZPO), mientras que por el contrario la prevista por el § 890 ZPO es una verdadera sanción administrativa; las sanciones por desacato que, aunque realidad se refieren a un hecho cometido, tienen únicamente el carácter de apercibimiento (vgr. las sanciones dirigidas al control del orden público durante la celebración del juicio del § 178 GVG); sanciones contra testigos que no comparecen o que se niegan a declarar previstas en los §§ 51, 70 I, 77 StPO; las multas por la comisión de infracciones administrativas que por motivos político-criminales son extraídas del Derecho penal (§ 1 OWiG; vid. *infra* § 7 V 4); las medidas de internamiento del Derecho penal juvenil de carácter disciplinario (§§ 13 ss. JGG); las medidas disciplinarias contra funcionarios y soldados (§ 5 BDO, §§ 18, 54 WDO) que, aunque pueden tener el mismo contenido material que el de una pena criminal, sirven al mantenimiento interno de la autoridad, obediencia y orden del oficio o servicio público (BVerGE 21, 378 [383 ss.])¹⁹; las medidas disciplinarias en la ejecución penal (§§ 102 ss. StVollzG); las sanciones escolares (ejemplo, la hora de retención en clase). Junto a ellas se

¹⁷ En relación a todo lo señalado, *Ancel*, *Défense sociale nouvelle*, págs. 224 ss.; en la versión alemana, págs. 242 ss., 292 ss.

¹⁸ Un riguroso y sustancioso análisis del tema puede encontrarse en “Zukunft des Strafrechts”, *Kaiser*, *Maurach-Festschrift* págs. 25 ss. En contra de soluciones radicales, además, *Jescheck*, *Gallas-Festschrift* págs. 28 ss. En relación a la necesidad del Derecho penal vid., especialmente, *Arzt*, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976. Además, BVerGE 51, 324 (343 ss.). Para una crítica del Derecho penal son especialmente significativas las aportaciones hechas en: *Böllinger/Lautmann* (Edrs.), *Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, 1993.

¹⁹ En relación a la compatibilidad de la doble sanción penal y disciplinaria *Roxin*, *Allg. Teil I* § 2 núm. 46.

encuentran las **sanciones privadas** destinadas a la protección e imposición de derechos privados²⁰. Deben mencionarse aquí la cláusula penal contractual (§§ 339 ss. BGB), el todavía reconocido aunque limitado derecho de corrección de los padres (§ 1631 BGB), las sanciones en materia de asociaciones impuestas por la infracción de deberes con motivo del sometimiento de los miembros a la potestad disciplinaria de la asociación (vgr. la multa por incumplimiento de un pacto interno, BGHZ 21, 370)²¹. Las **sanciones impuestas en el marco empresarial** son medidas de carácter social y laboral de gran importancia práctica, aplicadas internamente a la frecuente criminalidad de bagatela en las empresas²². A otro ámbito de la vida pertenece la **sanción religiosa** que no sólo cumple función organizativa de la colectividad, sino que también debe promover la salvación del alma del interesado²³.

§ 3 Posición sistemática, estructura, reforma global del Derecho penal, Tratado de la unificación alemana

J. Arnold, Deutsche Einheit: Strafrechtliche Übergangsprobleme, en: *Eser/Huber* (Edrs.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Tomo 4.1, 1993, pág. 341; *Baumann*, Entwurf eines Jugendstrafvollzugsgesetzes, 1985; *Baumann y otros*, Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 1973; *Böhm*, Strafvollzug, 2.ª Ed. 1986; *Bringewat*, Strafvollstreckung, 1993; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968; *Calliess/Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetz, 6.ª Ed. 1994; *Donatsch*, Vereinbarungen im Strafprozeß, SchwZStr 110 (1993) pág. 157; *Dünkel*, Strafvollzug aus der Sicht der Forschung, Zeitschr. f. Strafvollzug 1983, pág. 3; *Dünkel/Meyer* (Edrs.), Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug, Tomo 1.º, 1985; *Dünkel/Rosner*, Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit

²⁰ Acerca de la (rechazable) ampliación del pensamiento de la pena privada sobre la indemnización de daños y perjuicios del § 847 BGB *Hirsch*, Engisch-Festschrift págs. 304 ss. Acerca de la indemnización de daños y perjuicios en el marco del Derecho penal vid. *Stoll*, Schadensersatz und Strafe, Rheinwein-Festschrift Tomo II págs. 583 ss.; además, vid. *supra* § 1 II 4.

²¹ *Meyer-Cording*, Vereinsstrafe págs. 10 ss.; *Flume*, Boetticher-Festschrift pág. 101; *Weitnauer*, Reinhardt-Festschrift págs. 179 ss. En el deporte y, en especial, en el fútbol, la sanción corporativa es un importante medio de control social necesitado de una urgente regulación legal. Vid. *Ernst*, Die Ausübung der Vereinsgewalt, 1969.

²² Vid. *Kaiser/Metzger-Pregizer*, Betriebjustiz págs. 173 ss.; en especial, *Vogler*, pág. 379; acerca de la incierta situación jurídica *Scholz* págs. 336 ss.

²³ Vid. *Listl/Müller/Schmitz*, Handbuch págs. 924 ss.; *E. Wolf*, Ordnung der Kirche págs. 275 ss. Sobre el Derecho penal del Codex Iuris Canonici y del Derecho de la Iglesia evangélica *Pahud de Mortanges*, Zwischen Vergebung und Vergeltung, 1992; acerca del desarrollo y situación del Derecho penal de la Iglesia católica *Rees*, Die Strafgewalt der Kirche, 1993.

1970, 2.^a Ed. 1982; *Eser*, Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht, GA 1991, 241; *Fincke*, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; *Günther*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik im vereinten Deutschland, ZStW 103 (1991) pág. 851; *Herrmann*, Die Strafprozeßreform vom 1. 1. 1975, JuS 1976, 413; *Hirsch*, Bilanz der Strafrechtsreform, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 133; *Jescheck*, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform, ZStW 86 (1974) pág. 761; *el mismo*, Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975) pág. 1 y SchwZStr 100 (1983) pág. 1; *Kaiser*, Strafvollzug im europäischen Vergleich, 1983; *Katholnigg*, Straferichtsverfassungsrecht, 1990; *Lemke*, Einführung zur Textausgabe «Strafrecht nach dem Einigungsvertrag», 1991, pág. 1; *Müller*, Erfahrungen und Gedanken zum deutschen Strafrecht usw., ZStW 103 (1991) pág. 883; *Müller/Dietz*, Probleme des modernen Strafvollzugs, 1974; *Müller-Dietz/Kaiser/Kerner*, Einführung und Fälle zum Strafvollzug, 1985; *Neumann*, Zur Rechtssystematik des Strafvollstreckungs und Strafvollzugsrechts, Diss. Freiburg 1972; *Rieß*, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, Festschrift für K. Schäfer, 1980, pág. 155; *el mismo*, 15 Jahre Strafprozeßreform usw., Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, pág. 155; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 23.^a Ed. 1993; *Schneiders*, Die Regelungen über das materielle Strafrecht im Einigungsvertrag, MDR 1990, pág. 1049; *Schreiber/Wassermann* (Edrs.), Gesamtreform des Strafverfahrens, 1987; *Schüler-Springorum*, Strafvollzug im Übergang, 1969; *el mismo*, Strafvollzug und Strafvollzugsgesetz, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 869; *Schünemann*, Die Verständigung im Strafprozeß usw., NJW 1989, pág. 1895; *Schwind/Blau*, Strafvollzug in der Praxis, 2.^a Ed. 1988; *Stöckel*, Der Sozialdienst in der Justiz, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 299; *Stolleis*, Strafrecht und Sozialrecht, Zeitschr. f. Sozialreform 1979, pág. 261; *Tiedemann*, Zum Verhältnis von Allgemeinem zum Besonderen Teil des Strafrechts, Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 7; *Walter*, Strafvollzug, 1991; *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1988; *el mismo*, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, 1990; *Wetterich/Hamann*, Strafvollstreckung, 5.^a Ed. 1994; *M. Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, 6.^a Ed. 1987.

I. El Derecho penal como Derecho público

El Derecho penal es un **sector del Derecho público** (ius publicum)^{1 2}. Titular del poder punitivo es únicamente el Estado como representante de la comunidad jurídica. El ejercicio del poder punitivo frente a los sometidos al mismo tiene lugar a través de órganos estatales especiales de carácter penal

¹ Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 27; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 2 núms. 1 ss.; *Schultz*, Einführung I pág. 36. Acerca de la estrecha relación entre el Derecho penal y el Derecho social, *Stolleis*, Zeitschr. F. Sozialreform 1979, pág. 261.

² Sobre los modernos problemas en la delimitación entre Derecho público y privado, *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht págs. 75 ss.

(policía, fiscalía, tribunal, autoridad penitenciaria), de acuerdo con el principio de superioridad y subordinación. Los medios que son empleados en Derecho penal (penas, medidas de seguridad, medidas coactivas en el proceso penal, poder disciplinario en Derecho penitenciario) consisten en el recurso a la coacción estatal. El fin primordial del Derecho penal es el mantenimiento de la paz y seguridad jurídica mediante la protección de los valores básicos de la convivencia en la comunidad.

La naturaleza jurídico-pública del Derecho penal no es cuestionada por la *colaboración del ofendido* en el proceso penal (querella, § 77; acusación particular, § 374 StPO; acusación accesoria, § 395 StPO; indemnización, § 403 StPO, otras competencias, § 406 d StPO)³, pues el Derecho penal también debe velar por los intereses de la víctima. Lo mismo debe decirse en torno a la aceptación del *consentimiento* de la víctima como causa de justificación (vid. *infra* § 34), que se basa en que algunos bienes jurídicos protegidos penalmente pueden encontrarse bajo el poder de disposición de aquélla. Sin embargo, son difíciles de compatibilizar con el carácter jurídico-público del Derecho penal los no infrecuentes esfuerzos que en la praxis se dirigen a la fijación por anticipado de la pena dentro de ciertos límites, mediante un **acuerdo** (Absprache) entre el Tribunal y el Fiscal por un lado, y el acusado y su defensor por otro (BVerG NStZ 1987, 419; BGH 36, 210; 37, 238)⁴.

II. Los tres ámbitos del Derecho penal

El Derecho penal descansa sobre tres pilares⁵. Se divide en el Derecho penal material, el Derecho procesal penal (con inclusión del Derecho de la organización judicial de los Tribunales penales) y el Derecho de ejecución de penas.

1. El **Derecho penal material** regula los presupuestos de la punibilidad y de la aplicabilidad de las medidas de seguridad en general; por ejemplo, mediante el principio de legalidad (§ 1) y a través de la descripción de las formas especiales del delito (verbigracia, el hurto del § 242), señala las penas admitidas, reglas de aplicación, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, indica los rasgos esenciales de la determinación de las consecuencias jurídicas de un hecho y fija las fronteras del poder punitivo estatal en relación al extranjero. El Derecho penal material se encuentra regulado en el Código Penal (StGB), en otras leyes penales

³ Con detalle sobre la cuestión, *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren págs. 167 ss.

⁴ Mostrando también su rechazo, *Schünemann*, NJW 1989, págs. 1895 ss.; *Donatsch*, SchwZStr 110 (1993) págs. 167 ss. Para un estudio de Derecho comparado, con fuertes críticas, *Weigend*, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, 1990.

⁵ *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 2 núm. 4; al respecto, parcialmente crítico se muestra *Kaiser*, en: *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug § 2 núms. 92 ss.

fundamentales (JGG, WStG), así como en numerosas leyes accesorias (por ejemplo, BtMG, SrVG, WiStG).

2. El **Derecho procesal penal** es el conjunto de aquellas disposiciones que son necesarias para la imposición de la sanción penal. Aquí pertenecen tanto las normas relativas a la organización judicial de los tribunales penales (por ejemplo, §§ 24-57, 73-74e, 76-78b GVG)⁶, como aquellas sobre el procedimiento en el que se investigan, se persiguen, tramitan y enjuician los hechos delictivos. El Derecho procesal penal sirve a la realización del Derecho penal material, determina las fronteras de la competencias jurisdiccionales de los órganos de persecución penal y se dirige, mediante una resolución firme, a la restauración de la paz jurídica perturbada⁷. El Derecho procesal penal está regulado en la Ley de organización de Tribunales (GVG), en la Ordenanza procesal penal (StPO), así como en otras muchas leyes⁸.

La separación entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal no ha sido siempre rigurosamente realizada por motivos históricos y materiales. Y así, la querrela, la legitimación procesal y la reclamación penal, han sido reguladas usualmente en el StGB (§§ 77 ss.) a causa de su relación con el delito correspondiente, a pesar de que se trata de presupuestos procesales; y así, a causa de la finalidad pedagógica que persiguen, la JGG contiene tanto el Derecho penal juvenil material como las normas especiales de organización judicial y procedimiento. La subdivisión entre Derecho penal material y el Derecho procesal penal tiene un significado práctico, de un lado porque de acuerdo con la concepción mayoritaria para el último no rige la *prohibición de la retroactividad*, y de otro porque en la fundamentación del recurso de *casación* a causa de un error jurídico material basta su alegación genérica, mientras que para los errores procedimentales deben alegarse los hechos concretos en los que se contiene el defecto (§§ 352, 344 II StPO). También hay normas jurídicas que poseen tanto un aspecto material como procesal, y cuyo tratamiento es dudoso en la cuestión relativa a la prescripción de la acción penal (para más detalle sobre la cuestión vid. la 2.^a Ed. de esta obra, págs. 110 ss.).

3. El **Derecho de ejecución de penas** abarca todas las disposiciones jurídicas y administrativas que corresponden a la introducción, cumplimiento y seguimiento de las medidas de fuerza adoptadas, tales como las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias⁹. Está regulado en los §§ 449 ss. StPO, en

⁶ Vid. *M. Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht pág. 2; *Kathonigg*, Strafgerichtsverfassungsrecht, 1990.

⁷ Vid. *Roxin*, Strafverfahrensrecht págs. 13 ss.

⁸ Vid. el resumen realizado por *Roxin*, Strafverfahrensrecht, págs. 13 ss.

⁹ Resumidamente sobre estas cuestiones, *Wetterich/Hamann*, Strafvollstreckung, 1994; además, *Bringewat*, Strafvollstreckung, 1993, sobre §§ 449 ss. StPO.

los §§ 82 ss. JGG (para jóvenes y de conformidad con el § 110 JGG también para semiadultos, en la medida en que el Juez haya aplicado el Derecho penal juvenil), en la Ley Penitenciaria de 15.2.1956 en la redacción de 20.8.1987 (BANz. 1987 núm. 159), en el § 42 StGB (sobre facilidades en el pago de la pena de multa), en la Ordenanza de recaudación judicial de 11.3.1937 (RGBl I pág. 298) y en la Ordenanza sobre exacción y recaudación en la redacción de 10.7.1979 (para penas de multa, entre otras) (BANz. 1979 núm. 137). Sistemáticamente adscrito al Derecho de ejecución de penas y como una parte especial diferenciada, el **Derecho penitenciario** regula la forma y modo de ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad del mismo carácter en los establecimientos penitenciarios¹⁰. Está regulado en la Ley Penitenciaria de 16.3.1976 (BGBl I pág. 581)¹¹. El internamiento en establecimiento social-terapéutico para determinados delincuentes inicialmente previsto en el § 65, aunque no llegó a entrar en vigor, fue nuevamente derogado como medida y transformado como simple modalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad de acuerdo con el § 9 StVollzG (Ges. de 20.12.1984, BGBl I pág. 1654). Respecto al Derecho penitenciario para los jóvenes rigen los §§ 90 ss. JGG, así como la Ordenanza de Ejecución del arresto para jóvenes en la redacción de 30.11.1976 (BGBl. I pág. 3270)^{12 12}. Una parte también integrante del Derecho de ejecución de penas es el **Derecho penal registral**, que regula la inscripción y cancelación de condenas firmes en el Registro Central Federal, el Registro de medidas educativas, el Registro Central de Tráfico, así como el suministro de la información en ellos contenida. Las normas que regulan el funcionamiento del Registro Central Federal y del Registro de medidas educativas, están contenidas en la Ley del Registro Central Federal en la redacción de 21.9.1984 (BGBl. I pág. 1229), y las relativas al Registro Central de Tráfico en los §§ 28 ss. StVG y los §§ 13 ss. StVZO (vid. *infra* § 87 I 2). La **asistencia en la libertad condicional** (§§ 56 d, 57 III) y la **vigilancia de**

¹⁰ Vid. sobre la cuestión, *Kaiser*, en: *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug § 2 núms 1 ss.; *Böhm*, Strafvollzug págs. 27 ss.; *Walter*, Strafvollzug núms. 52 ss.; *Neumann*, Techtssystematik págs. 51 ss. Acerca de la relación entre el Derecho penal material y el Derecho penitenciario, *Callies/Müller-Dietz*, Strafvollzugsgesetz, Einleitung, núms. 36 ss.

¹¹ Vid. al respecto *Müller-Dietz/Kaiser/Kerner*, Einführung págs. 59 ss.; acerca de los problemas prácticos, *Schwind/Blau*, Strafvollzug in der Praxis, 2.^a Ed., 1988. Acerca de la situación del Derecho Penitenciario en Alemania *Dünkel/Rosner*, Die Entwicklung des Strafvollzugs, 2.^a Ed., 1982; sobre la situación internacional *Kaiser*, Strafvollzug im europäischen Vergleich, 1983.

¹² En torno a la situación del Derecho penitenciario para jóvenes vid. *Dünkel/Meyer*, Jugendstrafe págs. 45 ss.

la conducta (§§ 68 ss.) deberán ser consideradas como una parte del Derecho de ejecución de penas¹³.

III. La Parte General y Especial del Código Penal

1. La división del Código Penal en una Parte General y otra Especial¹⁴ se corresponde con una **exigencia de la técnica legislativa**. De acuerdo con ello, una Parte General se encuentra en todas las codificaciones penales europeas ya desde la mitad del s. XVIII, dándose por primera vez en el Codex juris Bavarici criminalis de W.X.A. v. Kreittmayr de 1751 y posteriormente también en el ALR de 1794. La Parte General contenida en el Primer y Segundo Libro del Código Penal francés de 1810, ha tenido un significado especial como modelo para la codificación penal europea del s. XIX.

2. La **diferenciación** de las materias que respectivamente deben ser recogidas en la Parte General y la Especial del Código Penal, se lleva a cabo de acuerdo con un criterio formal y otro material. **Formalmente**, a la Parte General pertenecen todas aquellas regulaciones que pueden tener significado para el conjunto de disposiciones de la Parte Especial y que, por ello, se extraen como elementos comunes¹⁵, mientras que la Parte Especial alberga las formas delictivas concretas así como las disposiciones complementarias que se refieren a aquéllas o a un conjunto de las mismas.

Y así, la salvaguardia de intereses justificados (§ 193) está regulada en la Parte Especial a pesar de que se trata de una causa de justificación como la legítima defensa (§ 32) o el estado de necesidad justificante (§ 34), puesto que aquella figura únicamente rige como causa de justificación para los delitos de injurias. La conveniencia de la regulación del consentimiento (§ 226 a) en la Parte Especial depende, de acuerdo con lo afirmado, de si esta disposición (correctamente) se refiere sólo a los delitos de lesiones corporales o si, por el contrario, se le atribuye un significado general.

¹³ La asistencia en la libertad condicional y los lugares donde tiene lugar la vigilancia de la conducta están regulados en el Derecho de los Länder; vid. la información suministrada por Dreher/Tröndle, § 56 d. núm. 2 y nota preliminar 6 a, antes del § 68. Acerca de la cuestión en su conjunto Stöckel, Bruns-Festschrift págs. 303 ss.

¹⁴ Vid. sobre ello, fundamentalmente, Fincke, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975; también Naucke, Einführung págs. 182 ss.

¹⁵ Vid. Blei, Allg. Teil pág. 2. Sin embargo, Tiedemann, Baumann-Festschrift pág. 12, señala acertadamente que las normas sobre vigencia e imputación contenidas en la Parte General no son partes extraídas de los tipos delictivos de la Parte Especial, sino que poseen un significado autónomo.

Materialmente la Parte Especial contiene las descripciones de los delitos y, con ello, de las disposiciones constitutivas del fundamento del injusto jurídico-penal, mientras que el injusto correspondiente a las reglas de la Parte General (por ejemplo, causas de justificación, tentativa, participación) tiene sólo una función complementaria de los tipos, pero nunca un significado fundamentador de un injusto autónomo.

3. La diferenciación entre Parte General y Especial tiene **significado práctico**, puesto que la Ley misma se adhiere a ella (§§ 12 III, 78 IV StGB; arts. 1, 2 y 4 EGStGB) y una parte de la doctrina extiende la función de garantía de la Ley Penal (prohibición de la costumbre y de la analogía) únicamente a las descripciones delictivas de la Parte Especial (vid. *infra* § 15 III 2 c).

IV. La reforma global del Derecho penal alemán

Desde la fundación de la República Federal en el año 1949 está en marcha una reforma del conjunto del Derecho penal alemán, de acuerdo con los principios del Estado de Derecho liberal, humano y social.

1. La **reforma del Derecho penal material** se ha llevado ya a efecto en una gran parte. Con fecha 1.1.1975 ha entrado en vigor una nueva redacción del Código Penal de 1871 (BGBl I pág. 1)¹⁶. La Parte General fue completamente reformada mediante la Segunda Ley de Reforma del Derecho Penal de 4.7.1969 (BGBl. I pág. 717). Pero también la Parte Especial presenta un considerable nuevo aspecto (sobre la reforma de la Parte General y Especial vid. *infra* § 11 IV 2)¹⁷. En la redacción promulgada con fecha 10.3.1987 (BGBl. I pág. 945), el Código Penal ha sido nuevamente publicado.

2. La **reforma procesal-penal**¹⁸ ha sido introducida mediante la Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal de 19.12.1964 (la denominada pequeña reforma del Derecho procesal penal) y, desde entonces, se ha venido prolongando. Las más importantes fueron, por este orden, la EGStGB de 2.3.1974 (BGBl. I pág. 469), la 1. StVRG de 9.12.1974 (BGBl. I pág. 3393) que sirvió sobre todo para la simplificación del proceso penal, y la Ley complementaria

¹⁶ Acerca de este tema vid. *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) págs. 1 ss.

¹⁷ Vid. al respecto, *Jescheck*, SchwZStr 100 (1983) págs. 1 ss.; *Hirsch*, Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 134 ss.

¹⁸ Vid. *Jescheck*, ZStW 86 (1974) págs. 761 ss.; *Herrmann*, JuS 1976, págs. 413 ss. Para el conjunto de la reforma consúltese *Rieß*, Schäfer-Festschrift págs. 155 ss.; *el mismo*, Pfeiffer-Festschrift págs. 155 ss.; *Schreiber/Wassermann* (Edrs.), Gesamtreform des Strafverfahrens, 1987.

de la 1. StVRG de 20.12.1974 (BGBl. I pág. 1973). Una Ley de 25.7.1975 (BGBl. I pág. 1973) amplió el derecho a no declarar como testigo por secreto profesional a los colaboradores de la prensa y la radiodifusión. Mediante una Ley de 18.8.1976 (BGBl. I pág. 2181) han sido introducidas disposiciones sobre procedimiento acerca de la instrucción y apoyo a organizaciones terroristas (§ 129 a). Novedades adicionales supuso la Ley de 14.4.1978 (BGBl. I pág. 497). La StVÄG de 5.10.1978 (BGBl. I pág. 1645), así como la StVÄG de 27.1.1987 (BGBl. I pág. 475) sirvieron, igualmente, sobre todo para una simplificación del proceso penal. El Derecho procesal penal ha alcanzado en su desarrollo actual un alto grado de adecuación al Estado de Derecho, a lo que han contribuido especialmente la Ley de indemnización por medidas de persecución penal de 8.3.1971 (BGBl. I pág. 157) y la Ley de Protección de las Víctimas de 18.12.1986 (BGBl. I pág. 2496). La Ley para la Lucha contra el Tráfico de Drogas y otras manifestaciones de la Criminalidad Organizada de 15.7.1992 (BGBl. I pág. 1302), conduce a las fronteras de un proceso penal adecuado al Estado de Derecho por los esfuerzos que dedica a hacer más eficaz la persecución del crimen organizado (agente encubierto, la instalación de escuchas telefónicas y cámaras secretas, la grabación de diligencias de investigación, el mantenimiento del secreto de la identidad de testigos en peligro). Este desarrollo a continuado con la Ley de Lucha contra el Delito de 28.10.1994 (BGBl. I pág. 3186), que ha introducido un procedimiento simplificado y muy eficaz (§§ 417-420 StPO) y que ha extendido la regulación de los testigos principales a los delitos cometidos con el apoyo de una organización.

3. Un significativo avance en el camino de la **reforma del Derecho penitenciario**¹⁹, trajo consigo la creación de una base legislativa unitaria con la Ley Penitenciaria de 16.3.1976 (BGBl. I pág. 581). Importantes disposiciones entraron en vigor, no obstante, con la aprobación de futuras leyes federales especiales (§ 198 III StVollzG). La retribución salarial por el trabajo ha mejorado, pero la remuneración por tarifas no es todavía adecuada (§ 200 I StVollzG). La nueva ordenación del contenido esencial del **registro penal y sus cancelaciones**, ha tenido lugar en una dirección resocializadora a través de la Ley del Registro Central Federal en la redacción de 21.9.1984 (BGBl. I pág. 1229).

¹⁹ Sobre la copiosa literatura acerca de la situación y reforma del Derecho penitenciario: *Schüler-Springorum*, Strafvollzug im Übergang, 1969; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 869 ss.; *Baumann*, Entwurf eines Jugendstrafvollzugsgesetzes, 1985; *Baumann y otros*, Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 1973; *Dünkel*, Zeitschr. f. Strafvollzug 1983, pág. 3; *Dünkel/Meyer*, Jugendstrafe págs. 3 ss.; *Müller-Dietz*, Probleme des modernen Strafvollzugs, 1974.

V. El Derecho penal de acuerdo con el Tratado de la Unificación alemana²⁰

1. Con la incorporación de la RDA a la República Federal Alemana, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 GG, los nuevos Länder de Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt y Thüringen han pasado a ser con fecha 3.10.1990 y, según lo previsto en el art. 1 I del Tratado de Unificación de 31.8.1990 (BGBl. II pág. 889), Länder de la República Federal Alemana. Además, según lo indicado en el art. 1 II del mismo texto, los veintitrés distritos de Berlín pasan a constituirse en el Land Berlín. Asimismo, de conformidad con lo preceptuado en su art. 8, en la zona de la antigua RDA desde 3.10.1990 entra **en vigor el Derecho Federal** y, con ello también, el **Derecho penal Federal**, en la medida en que en el Tratado de Unificación y, concretamente, en su Anexo I, ninguna otra cosa se señala. El Derecho de la desaparecida RDA y, con ello también el Derecho penal (art. 74 I núm. 1 GG), que es objeto de una regulación federal unitaria, únicamente permanece en vigor como Derecho federal particular tal y como indica el art. 9 II, si se menciona en el Anexo II y en la medida en que sea compatible con la Constitución y el Derecho inmediatamente aplicable de la Comunidad Europea.

2. Según el Anexo I, Capítulo III, Apartado C, Sección III núm. 1, del Tratado de Unificación, **determinados preceptos del StGB** de la República Federal **no son aplicables** a la zona de la antigua RDA y, concretamente, las disposiciones relativas a la estafa en la emigración (§ 144)²¹ y al secuestro llevado a cabo de conformidad con el secuestrado (§ 236)²². Los restantes casos han desaparecido con la legislación federal posterior.

3. La **vigencia ulterior** de algunos **preceptos del StGB de la anterior RDA** de 1968, se deduce del Anexo II, Capítulo III, Apartado C, Sección I núm. 1. Aquí pertenecen el § 84 acerca de imprescriptibilidad de los delitos contra la Paz, la Humanidad y los Derechos Humanos, así como de los crímenes de guerra, y el § 238 relativo al menoscabo de la independencia judicial. Las restantes reservas han desaparecido con la posterior legislación federal.

²⁰ En torno a este tema vid. *Eser*, GA 1991, 241; *Schneiders*, MDR 1990, 1049; *Günther*, ZStW 103 (1991) pág. 851; *Müller*, ZStW 103 (1991) pág. 883; *J. Arnold*, Deutsche Einheit págs. 345 ss.; una recopilación de los textos puede verse en: Beck'sche Testausgaben "Strafrecht nach dem Einigungsvertrag" con una introducción de *Lemke*, 1991.

²¹ El lector deberá tener en cuenta que en la actualidad el § 144 StGB se encuentra ya derogado (N del T).

²² Actualmente el § 236 ya sólo tipifica el tráfico de niños (N del T).

4. Para los hechos cometidos en la RDA con anterioridad a la fecha de 3.10.1989 (**hechos pasados**) rige la renovada redacción del art. 315 EGStGB y los nuevos arts. 315 a bi, 315 c EGStGB. La perseguibilidad de tales hechos pasados se ha extendido mediante las dos Leyes sobre prescripción de 26.3.1993 (BGBl. I pág. 392) y de 27.9.1993 (BGBl. I pág. 1657) (vid. al respecto *infra* § 15 IV 8).

§ 4 Principios de la Política criminal

Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 135; *H.-J. Albrecht*, Generalprävention, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a Ed. 1993, pág. 157; *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *el mismo*, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 92 (1980) pág. 19; *Ancel*, La défense sociale nouvelle, 3.^a Ed. 1981; *el mismo*, Directions et directives de politique criminelle, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 779; *Bähr*, Die Strafbarkeit ohne Verschulden (strict liability) im Strafrecht der USA, 1974; *Bruns*, Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 739; *el mismo*, Strafzumessungsrecht, 2.^a Ed. 1974; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 29, 319, JR 1981, pág. 335; *el mismo*, Über die Unterschreitung der Schuldrahmengrenze usw., MDR 1987, pág. 177; *Burkhardt*, Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, en: *Baumgartner/Eser* (Edrs.), Schuld und Verantwortung, 1983, págs. 51 ss.; *Cerezo Mir*, Fortschritte in der Verwirklichung des Schuldprinzips usw., SchwZStr 107 (1990) pág. 1; *Dölling*, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion? ZStW 102 (1990) pág. 1; *Dreher*, Über die gerechte Strafe, 1947; *Eser*, Resozialisierung in der Krise? Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 505; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987; *Griffel*, Prävention und Schuldstrafe, ZStW 98 (1986) pág. 28; *Grünwald*, Die Strafrechtsreform in der BRD und in der DDR, ZStW 82 (1970) pág. 250; *Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gewalt, en: *Isensee/Kirchhof* (Edrs.), Handbuch des Staatsrechts, Tomo I, 1991, § 20; *Hanack*, Grenzen des Sexualstrafrechts, Verhandlungen des 47. DJT 1968, Tomo II, pág. 1; *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *el mismo*, Konstanten kriminalpolitischer Theorie, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 501; *Henkel*, Die «richtige» Strafe, 1969; *Horstkotte*, Die Vorschriften des 1.StrRG über die Strafbemessung, JZ 1970, pág. 122; *Huber*, Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit usw., Zeitschrift f. schweiz. Recht 96 (1977) pág. 1; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, 1957; *el mismo*, Motive des neuen Strafrechts, en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), Strafrechtspflege und Strafrechtsreform, 1961, pág. 63; *el mismo*, Strafrechtspolitik und Wissenschaft, en: *Bauer y otros* (Edrs.), Sexualität und Verbrechen, 1963, pág. 273; *Jareborg*, Zur Reform des schwedischen Strafzumessungsrechts, ZStW 106 (1994) pág.

140; *Jescheck*, Die kriminalpolitische Konzeption des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 54; *el mismo*, Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht, Libro Homenaje a Ignacio de Loyola, 1991, pág. 405; *el mismo*, Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales, Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *el mismo*, Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit, en: *Lahti/Nuotio* (Edrs.), Strafrechtstheorie im Umbruch, 1992, pág. 318; *Kadish*, Forward: The Criminal Law and the Luck of the Draw, JCrimL 1994, 679; *Kaiser*, Kriminalpolitik, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a Ed. 1993, pág. 280; *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.^a Ed. 1976; Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, JZ 1967, pág. 553; *el mismo*, Schuld und Strafe, 2.^a Ed. 1983; *Kelina*, Über die Vorbereitung der neuen Strafgesetzgebung in der UdSSR, en: *Eser/Kaiser* (Edrs.), 5. Deutsch-sowjetisches Kolloquium, 1992, pág. 5; *Klug*, Rechtsphilosophische und rechtspolitische Probleme des Sexualstrafrechts, en: *Bauer y otros* (Edrs.), Sexualität und Verbrechen, 1963, pág. 27; *Lackner*, §13 StGB-eine Fehlleistung des Gesetzgebers? Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 117; *Lange*, Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neusten Strafrechtsentwicklung, en: Berliner Kundgebung 1952 des Deutschen Juristentages, 1952, pág. 61; *el mismo*, Das Rätsel Kriminalität, 1970; *el mismo*, Strafen wir wirklich den Täter? Summa Criminologica, Tomo II, 1991, pág. 331; *Lazerges*, La politique criminelle, 1987; *Levenson*, Good Faith Defenses: Reshaping Strict Liability Crimes, Cornell Law Review 78 (1993) pág. 401; *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts, Tomo I, 1895; *Mezger*, Niederschriften Tomo I pág. 33; *Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, 1962; *Peters*, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960; *el mismo*, Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzuges, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 501; *Puppe*, Verführung als Sonderopfer, NStZ 1986, pág. 404; *Roxin*, Prävention und Strafzumessung, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 183; *el mismo*, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, Festgabe für H. Schultz, 1977, pág. 463; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984) pág. 641; *el mismo*, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? SchwZStr 104 (1987) pág. 356; *Rudolphi*, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein, Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Heft 7, 1982, pág. 1; *Sax*, «Tatbestand» und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, pág. 9; *Schaffstein*, Spielraumtheorie, Schuld-begriff und Strafzumessung, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 99; *Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, DJT-Festschrift, Tomo II, 1960, pág. 229; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2.^a Ed. 1971; *el mismo*, Über den axiologischen Schuld-begriff, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 485; *Schöch*, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1081; *Schöneborn*, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des strafrechtlichen Schuldprinzips, ZStW 92 (1980) pág. 682; *Schreiber*, Vor dem Ende des Schuldstrafrechts? en: *Immenga* (Ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, pág. 281; *el mismo*, Das Schuldstrafrecht nach der Strafrechtsreform, en: *Lauter/Schreiber* (Edrs.), Rechtsprobleme der Psychiatrie, 2.^a Ed. 1981, pág. 29; *Schüler-Springorum*,

Kriminalpolitik für Menschen, 1991; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 153; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft usw., GA 1986, pág. 293; *Schwind* y otros (Ed.), Präventive Kriminalpolitik, 1980; *Sieverts*, Kriminalpolitik, HWB Krim, Tomo II, 1977, pág. 1; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung 1972; *el mismo*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; *Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980) pág. 637; *Strien*, Einflüsse des deutschen Strafrechts auf die jüngere Strafrechtsreformbewegung in Spanien, 1992; *Theune*, Zum Strafzumessungsrecht, NStZ 1986, 153; *Vassalli*, Colpevolezza, en: Enciclopedia giuridica, Tomo VI, 1988, pág. 6; *Wolter*, Schuldinterlokut und Strafzumessung, GA 1980, 81; *Würtenberger*, Vom Sinn des staatlichen Strafanspruchs, en: Das Rechtswesen, 1971, pág. 67; *el mismo*, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 1970; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2.^a Ed. 1980.

La *Política criminal* se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al Derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad. La Política criminal conecta con las causas del delito, discute cómo deben ser redactadas correctamente las características de los tipos penales para corresponderse con la realidad del delito, intenta determinar el modo en el que desarrollan sus efectos las sanciones aplicadas en Derecho penal, toma en consideración hasta qué límite el legislador puede extender el Derecho penal para no limitar más de lo absolutamente necesario el espacio de libertad del ciudadano, y prueba si el Derecho penal material está adecuadamente configurado para poder ser aplicado en el proceso penal¹. Si también la Política criminal, como cualquier ciencia, es libre en su investigación y está sometida únicamente a la verdad, entonces rigen ciertos límites para la consecución de los objetivos legislativos propuestos por ella. **No todo lo que parece adecuado al fin es también justo.** Como criterios de Justicia en la Política criminal se entienden sobre todo el principio de culpabilidad, el principio del Estado de Derecho y el principio de humanidad.

¹ Acerca de la misión, esencia y delimitación de la Política criminal vid. *Hassemer*, Kriminalpolitik pág. 142; *el mismo*, Lange-Festschrift págs. 508 ss.; *Kaiser*, Kriminologie § 119 núms. 5 ss.; *el mismo*, Kleines Kriminologisches Wörterbuch pág. 280; *Schüler/Springorum*, Kriminalpolitik für Menschen pág. 280; *Zipf*, Kriminalpolitik págs. 3 ss.; *Sieverts*, HWB Krim Tomo II págs. 1 ss.; *Lazerges*, La politique criminelle, 1987. Sobre el significado de la Ciencia del Derecho penal para la Política criminal del Estado *Amelung*, ZStW 92 (1980) pág. 19. Una exposición sobre el tema puede encontrarse, además, en *Schwind* y otros (Edrs.), Präventive Kriminalpolitik, 1980.

I. El principio de culpabilidad

1. El **principio de culpabilidad** significa que la pena estatal únicamente puede estar fundada en la comprobación de que al autor le puede ser reprochado personalmente su hecho (vid. *infra* § 37 I 1). Del principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*)²; y, de otro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (*determinación de la pena en el marco del límite superior de la culpabilidad*). La esencia de la culpabilidad no es vista, por ello, en un defecto del carácter adquirido por una mala y culpable conducción de la vida ("culpabilidad por el modo de vida"), sino en que el autor en la situación concreta no se ha avenido a las exigencias del Derecho, a pesar de que ello habría sido posible ("culpabilidad por el hecho")³.

2. El principio de culpabilidad es entendido como un **principio constitucional** (*nulla poena sine culpa*)⁴, siendo reconocido por la doctrina penal alemana casi sin excepción⁵.

² Este pensamiento se encuentra ya recogido en la Ley romana de las Doce Tablas (datada en torno al año 450 A.C.), siendo uno de los bienes más antiguos de la cultura europea; vid. *Mommesen*, *Römisches Strafrecht* pág. 85. Acerca del Derecho griego vid. *Löffler*, *Schuldformen* págs. 51 ss.

³ *Bruns*, *Strafzumessungsrecht* págs. 538 ss.; *LK* (11.^a) (*Hirsch*), nota preliminar 182 antes del § 32; *Arthur Kaufmann*, *Schuldprinzip* págs. 187 ss.; *Lenckner*, *Strafe* págs. 40 ss.; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* pág. 373; *Stratenwerth*, *Tatschuld* pág. 7.

⁴ BVerGE 6, 389 (439); 9, 167 (169); 20, 323 (331); 25, 286; 28, 386 (391); 45, 187 (228); 50, 125 (133); 54, 100; BGH 2, 194 (200); 10, 259 (262 ss.); *Maunz/Dürig*, Art. 1 núm. 32; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* págs. 108 ss.; *Welzel*, *Lehrbuch* pág. 138.

⁵ *Baumann/Weber*, *Allg. Teil* págs. 357 ss.; *Blei*, *Allg. Teil* págs. 175 ss.; *Bockelmann/Volk*, *Allg. Teil* pág. 10; *Bruns*, *Strafzumessungsrecht* págs. 311 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar 28 antes del § 13; *Haft*, *Allg. Teil* pág. 118; *Grasnick*, *Über Schuld* págs. 54 ss.; *Griffel*, *ZStW* 98 (1986) págs. 28 ss.; *LK* (11.^a) (*Jescheck*), nota preliminar 71 antes del § 13; *Arthur Kaufmann*, *Schuldprinzip* págs. 116 ss.; *Lackner*, nota preliminar 22 ss. antes del § 13; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil* § 7 núms. 15 ss.; *Roxin*, *ZStW* 96 (1984) págs. 650 ss.; *Rudolphi*, *Unrechtsbewußtsein* págs. 1 ss.; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* págs. 365 ss.; *el mismo*, *Jescheck-Festschrift Tomo I* págs. 488 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar 103 ss. antes del § 13; *Schünemann*, *Die Funktion des Schuldprinzips* págs. 170 ss.; *el mismo*, *GA* 1986, págs. 293 ss.; *Stratenwerth*, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips* págs. 42 ss.; *Welzel*, *Lehrbuch* pág. 136. *Roxin*, *Allg. Teil* I § 3 núms. 46 ss. y *Schünemann*, *Die Funktion des Schuldprinzips* pág. 189, consideran, por el contrario, que la culpabilidad es sólo un límite pero no un fundamento de la pena, lo que debe ser rechazado pues también su fijación, y no sólo la frontera superior de la pena, debe permanecer anudada a la culpabilidad, pues el Juez, con la desatención del principio de culpabilidad perdería la orientación del sentido de la pena como censura ético-social. Discrepante en el sentido de una asunción social de la responsabilidad

En coincidencia con los proyectos⁶, el § 46 I 1 ha plasmado expresamente el principio de culpabilidad en el StGB, si bien a través de una fórmula no demasiado inequívoca de acuerdo con la cual la culpabilidad es sólo la “base” para la determinación de la pena⁷. El principio de culpabilidad sirve, de un lado, para la necesaria protección del autor frente a todo exceso en la intervención represiva del Estado⁸. Además, también procura que la pena quede limitada estrictamente a una censura pública de aquellas acciones que merecen un juicio de desvalor ético-social, con lo que, simultáneamente, enfatiza el compromiso del Derecho penal como un “minimum ético” (*Georg Jellinek*). El Tribunal Supremo Federal en una declaración programática ha hecho del principio de culpabilidad una de las piezas básicas de su jurisprudencia: “La pena presupone culpabilidad. Esta última significa reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad al autor se le reprocha el no haber actuado conforme a Derecho, esto es, haberse decidido por el injusto a pesar de que habría podido no hacerlo (BGH 2, 194 [200]; 18, 87 [94]). También es expresamente extraída del principio de culpabilidad la consiguiente consecuencia para el límite superior de la pena: “La finalidad preventiva no puede conducir a sobrepasar la pena justa” (BGH 20, 264 [267]; BGH NJW 1987, 3015).

El principio de culpabilidad es, asimismo, mantenido de forma mayoritaria en el extranjero⁹, cuestión en la que la doctrina alemana no ha dejado de influir. Esta obser-

Achenbach, Individuelle Zurechnung págs. 150 ss.; en el sentido de una derivación de los requisitos de la prevención general *Jakobs*, Allg. Teil 17/18 ss.; en el sentido de un «reflejo de las necesidades emocionales del procesado» *Streng*, ZStW 92 (1980) pág. 656; básicamente en desacuerdo *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982. En contra de la «funcionalización» del principio de culpabilidad *Lackner*, núm. 25 antes del § 13; *AK (Schild)* §§ 20, 21 núms. 70 ss, en especial núm. 75: La finalidad preventiva sólo justifica medidas de seguridad estatales, mientras que la pena únicamente puede ser fundamentada desde la culpabilidad. En el marco de un Derecho penal de la prevención y en defensa de la autonomía del principio de culpabilidad *Burkhardt*, Rechtfertigung des Schuldprinzips págs. 51 ss. (con una fundamentación utilitarista); *Schöneborn*, ZStW 92 (1980) págs. 687 ss.; *Schreiber*, Schuldstrafrecht pág. 35; *el mismo*, Vor dem Ende des Schuldstrafrechts? pág. 280; *Roxin*, SchwZStr 104 (1987) págs. 368 ss. (culpabilidad en el sentido de responsabilidad).

⁶ E 1962, Fundamento pág. 96; AE, Fundamento pág. 29; vid. al respecto *Gallas*, ZStW 80 (1968) págs. 1 ss.; *Jescheck*, ZStW 80 (1968) págs. 58 ss.

⁷ Acerca de esta fórmula vid. *Lackner*, *Gallas-Festschrift* págs. 117 ss. *Mezger*, *Niederschriften* Tomo I pág. 33 había propuesto en la Comisión Principal de Derecho penal una más precisa: “La pena debe corresponderse de modo correcto con la culpabilidad del autor”.

⁸ Vid. *Lange*, *Rätsel Kriminalität* págs. 97 ss.

⁹ Vid. en relación a Austria § 4 österr. StGB así como *Kienapfel*, *Grundriß* Z 13 núm. 1 y *Triffnerer*, Allg. Teil págs. 247 ss.; sobre Suiza *Rehberg*, *Strafrecht* I pág. 150; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I pág. 122; *Stratenwerth*, *Schweiz. Strafrecht*, Allg. Teil I § 2 núm. 25 y *Schultz*, *Einführung* I

vación demuestra que aquí no se trata únicamente de una cuestión teórica que pueda contestarse de un modo u otro, sino que resulta ser el único camino practicable de la Política criminal en todos los sistemas políticos en el que pueden ser solucionados los problemas prácticos de la Justicia penal, en concordancia con la concepción valorativa de la colectividad.

3. Mientras que la función delimitadora del principio de culpabilidad apenas suscita dudas serias, en cambio sí resulta discutida la cuestión relativa a si y en qué medida la pena puede **rebasar la medida de la culpabilidad** por motivos preventivo-especiales (vid. *infra* § 82 IV 5 b). Si la pena debe ser contraprestación por la infracción culpable del Derecho, porque sólo así puede ser alcanzada con justicia la finalidad de proteger a la sociedad (BGH 24, 40 [42]), debe permanecer

págs. 179 ss.; en relación a los Países Bajos *Hazewinkel-Surnga/Rommelink*, Inleiding págs. 166 ss. y *van Bemmelen/van Veen*, Ons Strafrecht págs. 133 ss.; acerca de Francia *Merle/Vitu*, Traité I núm. 546 y *Stefani/Levasseur/Boulloc*, Droit pénal général núm. 211; sobre Bélgica *Verhaegen*, SchwZStr 98 (1981) págs. 4 ss.; en cuanto a Italia art. 27 I Verf.; *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 420 ss.; *Vassalli*, Colpevolezza, Enciclopedia giuridica Tomo VI págs. 6 ss. y *Pagliari*, Principi págs. 335 ss.; en relación a Suecia *Jareborg*, ZStW 106 (1994) pág. 150 nota a pie núm. 10; sobre España *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 433 ss.; *Cerezo Mir*, SchwZStr 107 (1990) pág. 1; *Jescheck*, Libro-Homenaje a Ignacio de Loyola págs. 405 ss. y *Strien*, Einfluß des deutschen Strafrechts págs. 45 ss.; acerca de Brasil *Fragoso*, Lições págs. 211 ss. y *da Costa jr.*, Comentários Art. 59 Anm. 1; en torno a Inglaterra *Glanville Williams*, Criminal Law pág. 11 ss.; sobre el Proyecto de Código penal para Inglaterra y Gales *Jescheck*, Schmitt-Festschrift págs. 56 ss. También en el último proyecto de las nuevas «Bases de la Codificación penal de la URSS» de 1992 se encuentra ya el principio de una responsabilidad personal y adecuada a la culpabilidad; al respecto *Kelina*, en: Fünftes deutsch-sowjetisches Kolloquium pág. 11; vid. además *Schittenhelm*, Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Strafrecht págs. 643 ss. También el movimiento de Defensa Social se reconoce hoy día partidario del principio de culpabilidad; vid. *Ansel*, La défense sociale nouvelle págs. 187 ss. y *el mismo*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 789. Como excepción, el Derecho francés conoce de «infracciones puramente materiales» («infractions purement matérielles»); tal y como se refleja en el art. 121-3 Code pénal 1994, el dolo o la imprudencia únicamente están previstos para los delitos graves y menos graves pero no para simples infracciones que permanecen existiendo como meras «infractions matérielles» (vid. Circulaire pág. 28). El Derecho norteamericano exige, con carácter general, el dolo o la imprudencia aunque también conoce de casos de responsabilidad objetiva; vid. *Bähr*, Strafbarkeit ohne Verschulden (strict liability) im Strafrecht der USA, 1974; *LaFavel/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 340 ss. A favor de una limitación de la responsabilidad independiente de la culpabilidad se muestra *Levenson*, Cornell Law Review 78 (1993) pág. 401. A favor de un principio de un Derecho penal orientado al principio de culpabilidad como «medio de expresión de nuestras sensibilidades culturales y morales» («medium for expressing our cultural and moral sensibilities») también *Kadish*, JCrimL 1994, pág. 702. Una propuesta de la Comisión Europea de 21.5.1990 sobre sanciones en el marco de la política agraria y pesquera común, quiere renunciar abiertamente al principio de culpabilidad con la imposición de una regulación que promociona la aplicación de sanciones con independencia de la existencia de criterios subjetivos (Diario Oficial de la CE 1990 núm. C 137 pág. 10).

salvaguardada una adecuada proporción de culpabilidad y de pena que prohíba desviaciones excesivas hacia abajo. Y así, por ejemplo, frente al asesinato de prisioneros en campos de concentración no podría ser contestado con una suspensión condicional de la pena privativa de libertad, aún cuando el autor viva desde hace muchos años completamente reinsertado en la sociedad y la Humanidad haya sido suficientemente instruida por el juicio inequívoco de la Historia¹⁰. De ahí que la jurisprudencia exija la completa correspondencia entre culpabilidad y pena¹¹, también en aquellos casos en los que esta última sea objeto de remisión condicional o cuando sea sustituida por otro tipo de sanción.

Por el contrario, el AE ha renunciado conscientemente a la función compensatoria de la pena. De conformidad con el § 59 II AE la pena deberá determinarse atendiendo únicamente a criterios preventivos, por lo que la culpabilidad por el hecho jugaría simplemente el papel de ser el límite superior de la pena¹². Frente a ello existen, no obstante, objeciones que deben ser apoyadas sobre una pena que refleja la responsabilidad del autor “como una realidad de nuestra conciencia social y moral”, ya que sólo así el Derecho penal permanece como Ordenamiento protector y garante de la reafirmación del Derecho¹³. Aún así debe concederse que faltan todavía datos empíricos que evidencien el efecto sobre la convicción jurídica de la colectividad de penas más justas, esto es, más adecuadas a la

¹⁰ *Bruns*, Strafzumessungsrecht pág. 323; *el mismo*, Welzel-Festschrift págs. 746 ss.; *Dreher*, Gerechte Strafe págs. 127 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 233; LK (10.^a) (*G. Hirsch*) nota preliminar 16 antes del § 46; *SK (Horn)* § 46 núm. 13; *Henkel*, Strafe pág. 47; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 7 núm. 27; *Schaffstein*, Gallas-Festschrift pág. 105. A favor de la admisión de que una pena adecuada a la culpabilidad del autor quede por debajo de ésta por motivos preventivo-especiales *Dreher/Trändle*, § 46 núm. 12; *Grünwald*, ZStW 82 (1970) pág. 253; *Horstkotte*, JZ 1970, pág. 124; *Lackner*, § 46 núm. 24; *Roxin*, Schultz-Festgabe págs. 473 ss.; *el mismo*, *Bruns-Festschrift* pág. 184; *Schünemann*, GA 1986, 309; *Wolter*, GA 1980, 94.

¹¹ RG 58, 106 (109); BGH 3, 179; 7, 86 (89); 20, 264 (266); 24, 132 (134); 29, 319 con comentario de *Bruns*, JR 1981, 335; BGH 32, 60 (65); 34, 345 (349); BGH NSTZ 1992, 489; NJW 1992, 3311. La renuncia al límite inferior de la culpabilidad en un caso de provocación policial del delito (BGH NJW 1986, 1764) debería quedar limitada a tales supuestos: vid. críticamente al respecto *Bruns*, MDR 1987, págs. 177ss.; coincidente *Puppe*, NSTZ 1986, 404; *Theune*, NSTZ 1986, 156 ss. Vid. también BGH 32, 345 (354).

¹² Pero con ello, la pena se convertiría, al igual que la medida de seguridad, en un medio puramente preventivo, sobre esto vid. *Noll*, Ethische Begründung pág. 19; *Roxin*, JuS 1966, págs. 384 ss. Sin embargo, sólo la pena adecuada a la culpabilidad evidencia, para cualquier persona, que con la aplicación judicial del Derecho penal se hace Justicia, lo que sobre todo va a depender de la intensidad de la convicción jurídica en la comunidad; vid. *Schmidhäuser*, Sinn der Strafe pág. 79. En desacuerdo también con el AE *Arthur Kaufmann*, JZ 1967, págs. 553 ss.

¹³ Vid. *Gallas*, ZStW 80 (1968) págs. 4 ss.; *Jescheck*, ZStW 80 (1968) págs. 58 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 30; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 273.

culpabilidad, aunque la investigación criminológica ya está avanzando más en el ámbito de la prevención general positiva¹⁴.

II. El principio del Estado de Derecho

Criterio de la Política criminal es también el **principio del Estado de Derecho** que se erige en la Constitución como un principio director del conjunto de la actividad del Estado (art. 28 I GG)¹⁵. Existe un concepto formal y otro material del Estado de Derecho¹⁶.

1. En un sentido *formal* destacan sobre todo aquellos elementos de este principio que deben garantizar la **seguridad jurídica**. Dado que el Derecho penal posibilita las más profundas intromisiones que con carácter general conoce el Ordenamiento jurídico en la esfera de libertad del ciudadano, deben ser tomadas garantías especiales en contra de su abuso. El principio de primacía y reserva de ley¹⁷ se expresa, por ello, con mayor fuerza en Derecho penal que en cualquier otro sector del Derecho vigente. Y así, señala el art. 103 II GG, que un hecho sólo puede ser castigado cuando su punibilidad estaba determinada legalmente antes de que aquél fuera cometido. Con ello, no sólo es exigida una ley como base de la punibilidad, sino que también es excluido el efecto retroactivo de la ley que fundamente o agrave la responsabilidad penal (para más detalle vid. *infra* § 15 IV). La vinculación en cuanto al contenido de un juez penal con la ley es en cualquier caso más estrecha que otra en la administración de justicia: es inadmisibles la aplicación de la ley penal en perjuicio del reo basado en un sentido de aquélla que no se encuentre inmediatamente abarcado por su contenido (la denominada *prohibición de la analogía*, vid. *infra* § 15 II 4). En un sentido positivo, del art. 103 II GG es deducido el *mandato de determinación* (vid. *infra* § 15 III 3). La libre discrecionalidad del juez penal en la imposición de penas y medidas de seguridad debe ser restringida a través de una caracterización lo más exacta posible de los presupuestos de la intromisión penal, de marcos penales relativamente estrechos, así como con el fraccionamiento del marco penal en casos especialmente graves

¹⁴ Vid. al respecto, H.-J. Albrecht, Kleines Kriminologisches Wörterbuch págs. 157 ss.; Schöch, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1081 ss.; AK (Hassemer) núms 429 ss. antes del § 1; Dölling, ZStW 102 (1990) págs. 16 ss.

¹⁵ Lange, Rechtsstaat págs. 64 ss.; con carácter general, Scheuner, DJT-Festschrift Tomo II pág. 229; Hesse, Grundzüge núms 183 ss.; BVerfGE 6, 32 (41); 6, 55 (72); 7, 89 (92 ss.); 20, 323 (331).

¹⁶ Zipf, Kriminalpolitik pág. 31.

¹⁷ Más detalladamente sobre la cuestión, Hesse, Grundzüge núms 508 ss.

(por ejemplo, §§ 212 II, 240 I) o de menor gravedad (vgr. §§ 249 II, 316 a I). Al mismo tiempo, se asegura con ello al ciudadano la claridad y previsibilidad del Derecho¹⁸. Además, en Derecho penal rige la completa “*reserva de jurisdicción*” (arts. 92 y 104 II GG), lo que significa que aquellas resoluciones gravosas para el ciudadano, especialmente aquellas que comportan privación de libertad, están reservadas a la competencia de las instancias judiciales para la protección de los interesados. También en Derecho penitenciario se vela por la completa protección del Derecho a través de los Tribunales (§§ 109 ss. StVollzG; §§ 23 ss. EGGVG en relación con la ejecución de arrestos y penas para jóvenes).

2. En un sentido *material* el principio del Estado de Derecho indica cómo debe ser configurado internamente el Derecho penal para corresponderse en la mayor medida posible con la figura ideal de un Estado justo (BGH 24, 173 [175]). En un primer plano se encuentra, además, el **respeto a la dignidad de la persona** como norma básica del conjunto del sistema valorativo de nuestra Constitución (art. 1 I GG)¹⁹. De ello se deriva para el Derecho penal, junto con la libertad genérica de acción (art. 2. I GG), su **limitación a los ataques que por su naturaleza** son indispensables para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad²⁰. De la dignidad de la persona se deduce, asimismo, la exclusión de penas crueles y humillantes, así como la prohibición del trato degradante de los presos en Derecho penitenciario (así lo reconocen expresamente el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y los núms. 1 y ss. de las Reglas penitenciarias europeas de la Recomendación R [87] 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12.2.1987). Del derecho fundamental a la libertad general de actuación (art. 2 I GG) se sigue el reconocimiento del principio de culpabilidad (vid. *supra* § 4 I) como principio constitucional (BVerfGE 20, 323 [331]). Una consecuencia del aspecto material del principio del Estado de Derecho es, además, la **vinculación objetiva** del conjunto de la Política criminal²¹. Y así, el merecimiento de pena de una acción no puede ser decidido conforme a prejuicios sentimentales determinados por emo-

¹⁸ Pero acerca de la justificada “necesidad de indeterminación” de la ley penal vid. AK (Hassemer) § 1 núm. 18; Hassemer, Einführung págs. 254 ss.

¹⁹ Häberle, Handbuch des Staatsrechts § 20.

²⁰ Es admitido en reiteradas ocasiones que con el concepto de bien jurídico, que enlaza con la “dañosidad social” del hecho, debe constituir la frontera para el ataque represivo del Estado, vid. Jäger, Rechtsgüterschutz págs. 6 ss.; Hanack, Gutachten págs. 1 ss.; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 13 núm. 9; Amelung, Rechtsgüterschutz págs. 314 ss.; Sax, JZ 1976, pág. 11.

²¹ Al respecto, con más detalles, Klug, Probleme des Sexualstrafrechts págs. 38 ss.; Jäger, Strafrechtspolitik págs. 273 ss; *el mismo*, Motive págs. 63 ss.

ciones, sino únicamente por necesidades fundadas de la protección de la sociedad; igualmente, tampoco puede una resolución judicial dejarse llevar por juicios de valor personales o por el concreto ambiente social²², sino sólo por los juicios de valor del legislador, por consideraciones objetivas y por conocimientos válidos de la generalidad (BGH 4, 24 [32]). De naturaleza material y de reconocido rango constitucional es también el **principio de proporcionalidad del medio** (prohibición de exceso) (BVerfGE 19, 343; 61, 126 [134])²³, que el legislador ha asumido como presupuesto para el establecimiento de medidas de seguridad en la ley penal (§ 62) (vid. *supra* § 2 I 3). Expresión del principio del Estado de Derecho es, finalmente, el **principio de igualdad** (art. 3 I GG)²⁴. Éste supone el mismo tratamiento de todas las personas ante el Derecho penal y exige, por ello, que por ejemplo pueda aplicarse la ejecución de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, en lugar de la pena sustitutiva de prisión para el condenado a pena de multa que carece de medios económicos (art. 293 EGStGB). Además, el principio de igualdad prohíbe la discriminación a los presos que recuperan la libertad. Al respecto advierte el § 3 III StVollzG que “La ejecución está dirigida a ayudar al preso a integrarse de nuevo en la vida en libertad”.

III. El principio de humanidad

Fundamento de la Política criminal debe ser, finalmente, el principio de humanidad²⁵. De acuerdo con él, la imposición y ejecución de las penas debe tener en cuenta la personalidad del acusado y, en su caso, del condenado, teniendo que hacer frente a la sanción de forma humana y responsable para **procurar devolverle a su vida en sociedad**. Este principio posibilita la *derogación de la pena de muerte* (art. 102 GG, al respecto, BVerfGE 18, 112 [117]) y la *castración de peligrosos delincuentes sexuales*²⁶, siendo asimismo incompatible con aquellas penas deshonrosas como la *pena de presidio* (Zuchthausstrafe)²⁷. El pensamiento

²² Engisch, Einführung págs. 125 ss.

²³ Vid. Huber, Zeitschrift f. Schweiz. Recht 96 (1977) págs. 1 ss.

²⁴ Sobre este punto Hesse, Grundzüge núms. 438 ss.

²⁵ Sobre el particular Würtenberger, Kriminalpolitik págs. 4 ss., 149 ss.; *el mismo*, Strafanspruch pág. 75; Ancel, Défense sociale nouvelle págs. 33 ss.; Zipf, Kriminalpolitik págs. 48 ss.; con dudas AK (Hassemer), nota preliminar 477 ss. antes del § 1.

²⁶ Aunque la castración voluntaria es admisible bajo rigurosos presupuestos; vid. BGH 19, 201, así como los §§ 1,2 KastrG de 15.8.1969 (BGBl. I pág. 1143).

²⁷ La traducción por el término *pena de presidio* (Zuchthausstrafe), obedece a la anterior existencia de establecimientos penitenciarios especiales muy rigurosos (Zuchthäuser) para delincuentes muy peligrosos condenados a penas de prisión muy elevadas (N del T).

de la *resocialización* del delincuente ha ocupado el lugar de una exagerada tendencia represiva del Derecho penal (vid. § 46 I 2 StGB; §§ 2, 154 II StVollzG). El principio de humanidad se ha convertido, sobre todo, en el *principio director del Derecho penitenciario*²⁸. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 contiene en el art. 10 I la disposición expresa de que el preso debe “ser tratado humanamente y con respeto a la dignidad inherente a la persona”. La conciencia de una corresponsabilidad de las personas finalmente decisiva para la construcción de medidas de asistencia, de las que hoy debe estar rodeado el tratamiento penitenciario en libertad y el retorno del preso liberado a la sociedad. Pero tampoco pueden desconocerse las *dificultades* aquí existentes. El Derecho penal no puede equipararse sin más al Derecho de la asistencia social. Sirve en un primer plano a la justicia distributiva y debe hacer valer la responsabilidad del autor por la infracción del Derecho, de modo que aquél experimente la respuesta de la comunidad jurídica al hecho por él cometido. Por ello no puede renunciarse a los perjuicios y al sufrimiento, sobre todo en el caso de la pena privativa de libertad. Sin embargo, dentro de esta última y a través de los límites marcados por la naturaleza de su misión, todas las relaciones humanas que juegan un papel en Derecho penal deben estar inspiradas en el principio de humanidad.

§ 5 El reflejo estadístico de la criminalidad y la aplicación del Derecho penal

Adler, Nations not Obsessed with Crime, 1983; *H.-J. Albrecht*, Die Kriminalitätsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, BewH 1984, p.1; *B. Blau*, Die Kriminalität in Deutschland während des zweiten Weltkriegs, ZStW 64 (1952) pág. 31; *Bundeskriminalamt* (Ed.), Polizeiliche Kriminalstatistik, 1963 bis 1986; *Champion*, The juvenile justice System, 1992; *Collmann*, Internationale Kriminalstatistik, 1973; *Császár*, Die Entwicklung der Kriminalität in Österreich von 1953 bis 1964, 1967; *Dörmann*, Interpol-Kriminalstatistik: Kein wahrer Spiegel usw., Kriminalistik 38 (1984) pág. 414; *Exner*, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931; *J. Frey*, Die Kriminalität in Zeiten des Wohlstandes, Diss. Zürich 1968; *Graff*, Die deutsche

²⁸ Más detalladamente *Peters*, Kriminalpädagogik págs. 55 ss. Es dudoso cómo debe ser configurada internamente la resocialización en Derecho penal, pues el § 2 I 1 StVollzG sólo establece como objetivo del tratamiento la vida del preso alejada de la comisión de delitos; sobre ello *Peters*, Heinitz-Festschrift págs. 507 ss., que niega una resocialización carente de un núcleo inequívoco de costumbres, mientras que *Eser*, Peters-Festschrift págs. 516 ss., sostiene como posible la existencia conjunta de distintas y relevantes motivaciones sociales. *Callies/Müller-Dietz*, StVollzG § 3 núm. 28 enfatizan con razón la “subjetividad del preso” y la prohibición de “adoctrinarlo ideológicamente”.

Kriminalstatistik, 1975; *Heinz*, Kriminalstatistik usw., en: BKA Vortragsreihe 23 (1977) pág. 93; *el mismo*, Entwicklung, Aufgaben und Probleme der Kriminalstatistik, ZStW 84 (1972) pág. 806; *el mismo*, Das System der Strafrechtspflegestatistiken, Allgemeines Statistisches Archiv 59 (1975) pág. 95; *el mismo*, Entwicklung, Stand und Struktur der Strafzumessungspraxis, MSchrKrim 1981, pág. 148; *el mismo*, Strafrechtsreform und Sanktionsentwicklung, ZStW 94 (1982) pág. 632; *el mismo*, Strafrechtliche Sozialkontrolle-Beständigkeit im Wandel? BewH 1984, 13; *el mismo*, The Problems of Imprisonment usw., en: *Hood* (Ed.), Crime and Criminal Policy in Europe, 1988, pág. 185; *Hilger*, Die Entwicklung der U-Haftzahlen von 1981-1987, NSTZ 1989, 107; *Kaiser*, Jugendkriminalität, 3.^a Ed. 1982; *el mismo*, Ist das Maßnahmensystem im Kriminalrecht noch zu retten? Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 183; *el mismo*, Die Entwicklung der Kriminalität in Deutschland seit dem Zusammenbruch des realen Sozialismus, ZStW 106 (1994) pág. 469; *Hilde Kaufmann*, Steigt die Jugendkriminalität wirklich? 1965; *Kerner*, Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung, 1973; *el mismo*, Kriminalstatistik, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a Ed. 1993, pág. 294; *Kühnel/Miyazawa*, Kriminalität und Kriminalitätsbekämpfung in Japan, 1979; *McClintock/Avison*, Crime in England and Wales, 1968; *Miyazawa*, Kriminalität und ihre Bekämpfung in Japan, Festschrift für Th. Würtenberger, 1977, pág. 299; *el mismo*, Informelle Sozialkontrolle in Japan, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1159; *Popitz*, Ober die Präventivwirkung des Nichtwissens, 1968; *Republik Österreich*, Sicherheitsbericht 1983, Tabellen und Graphiken; *Rieß*, Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach 153a StPO, ZRP 1983, pág. 93; *el mismo*, Zur weiteren Entwicklung usw., ZRP 1985, pág. 212; *Roxin*, Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen, JA 1980, pág. 545; *Sack*, Dunkelfeld, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a Ed. 1993, pág. 99; *Schöch*, Ist Kriminalität normal? Kriminologische Gegenwartsfragen 12 (1976) pág. 211; *el mismo*, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C zum 59. DJT Hannover 1992; *Schultz*, L'évolution de la criminalité en Suisse de 1929 à 1963, Rev sc crim 1965, pág. 385; *el mismo*, Von der dreifachen Bedeutung der Dunkelziffer, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 239; *el mismo*, Besprechung von "Burdesamt für Statistik: Die Strafurteile in der Schweiz 1982, 1983, 1984", SchwZStr 103 (1986) págs. 122, 443, 444; *Sellin*, Crime and Delinquency in the United States, en: The Annals, Vol. 339, 1962, pág. 11; *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 1 Ausgewählte Zahlen für die Rechtspflege; Reihe 4 Strafvollzug; *US Department of Justice*, Crime in the United States, Year 1984, 1985.

I. Generalidades sobre la estadística criminal

La criminalidad y la aplicación del Derecho penal tienen un significado decisivo para el conjunto de la vida social de un pueblo. La criminalidad causa a

los afectados por ella daños corporales, morales y materiales, y a la colectividad pérdidas de distinta clase. Conduce a la desconfianza, a la inseguridad y al temor. Las penas y las medidas de seguridad inciden profundamente en la vida particular del reo y gravan, como ocurre con las sanciones privativas de libertad, los presupuestos públicos. Los cuadros que seguidamente se expondrán deben dar una imagen de la frecuencia con la que en la República Federal se denuncian y aclaran delitos, se dictan condenas, se imponen sanciones, y se recluyen personas en establecimientos penitenciarios. La delimitación de los períodos temporales que se abarcan en esta exposición, va desde el año 1882 en el que fue elaborada por primera vez la estadística criminal del Imperio¹, hasta la publicación del último fascículo sobre "Administración de Justicia" del Servicio Federal de Estadística del año 1991². Los períodos comprendidos entre los años 1936 a 1945 no han sido publicados³. Las estadísticas criminales se restablecieron nuevamente en el año 1950. La estadística criminal policial fue introducida en la República Federal en el año 1953 y alcanza hasta el momento hasta el año 1993. Las cifras que se refieren a la zona de la anterior RDA no se encuentran en las tablas que a continuación se expondrán. Para la *comprensión de las estadísticas* debe anticiparse lo siguiente:

La estadística de la Administración de Justicia se refiere a personas procesadas y condenadas. Es abarcada la totalidad de aquellas sentencias judiciales firmes dictadas en causas penales. Junto a esta **estadística judicial** existe la **estadística criminal policial**, conteniéndose en esta última los delitos por ella conocidos y resueltos, así como los sospechosos investigados por su implicación en aquéllos⁴. Sin embargo, ninguna de estas estadísticas refleja una imagen acabada del verdadero alcance de la criminalidad, pues también la estadística policial contiene únicamente aquellos delitos de los que tuvo conocimiento la policía. Frente a estos hechos se encuentra una gran **cifra negra**⁵ distinta en cada uno de los diferentes delitos, que engloba a aquellos hechos que no han sido

¹ Las cifras hasta el año 1925 han sido tomadas del Anexo II del E 1927, "Die Entwicklung der Kriminalität im Deutschen Reich seit 1882" pág. 5.

² Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Rechtspflege, Serie 1, 1991.

³ Vid., no obstante, B. Blau, ZStW 64 (1952) págs. 31 ss.

⁴ Vid. acerca de la historia, significado y valoración de las estadísticas, Graff, Die deutsche Kriminalstatistik, 1975; Göppinger, Kriminologie págs. 158 ss.; Heinz, ZStW 84 (1972) págs. 806 ss.; el mismo, Allgemeines Statistisches Archiv 59 (1975) págs. 95 ss.; el mismo, BKA-Vottragsreihe 23 (1977) págs. 93 ss.; Kaiser, Kriminologie § 42 núms. 7 ss.; Kerner, Kleines Kriminologisches Wörterbuch págs. 294 ss.; AK (Hassemer), nota preliminar 71 ss. antes del § 1.

⁵ Sobre la cifra negra y su investigación Göppinger, Kriminologie págs. 158 ss.; Kaiser, Kriminologie § 42 núms. 25 ss.; Schöch, Kriminologische Gegenwartsfragen 12 (1976) págs. 211 ss.; Sack, Kleines Kriminologisches Wörterbuch págs. 99 ss. Vid., además, Schultz, Henkel-Festschrift págs. 239 ss., así como Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtswissens, 1968.

observados por nadie o que no han sido comunicados a la policía. La Criminología se esfuerza en la investigación de la cifra negra mediante encuestas a los autores y víctimas del delito, así como a través de sondeos. La estadística policial está más cerca del alcance global de la criminalidad que la estadística de la Administración de Justicia, puesto que se lleva a cabo con la totalidad de los delitos conocidos por la policía. La estadística judicial, en cambio, registra sólo un número mucho más pequeño de casos que han llegado a los tribunales, aunque por la fiabilidad de sus fuentes proporciona una imagen exacta del número de personas que han sido juzgadas y de las sanciones impuestas. Aunque si bien existe una diferencia cuantitativa considerable entre la criminalidad real y la registrada oficialmente, se acepta que es posible hacer algunas conclusiones derivadas de su estructura cualitativa⁶. Con las reservas expuestas la estadística criminal es una fuente de información, un instrumento de planificación y un criterio cuantificador de la eficacia, imprescindible para la Administración de Justicia. Específicas afirmaciones y comparaciones posibilita la **cifra de condenados** (cifra de criminalidad). Su cómputo tiene lugar mediante la puesta en relación de la cifra global de condenados obtenida durante un año por cada 100.000 personas mayores de edad penal de la población. De acuerdo con ello, puede ponerse en relación todos o tan sólo los condenados a un delito determinado delito, con el conjunto de la población mayor de edad penal o de cualquier otra edad determinada, de lo que resultan cifras generales y especiales de condenados. De modo correlativo, la estadística criminal policial suministra la denominada **cifra frecuencia**.

II. El desarrollo de la criminalidad global (delitos graves y menos graves) comprobada judicialmente durante el Imperio alemán y la República Federal entre 1882 y 1991

La curva de criminalidad anterior a la Primera Guerra Mundial muestra un ascenso progresivo, especialmente en relación con los condenados que ya poseían antecedentes penales, desde 1882 hasta después del cambio de siglo, lo que refleja en un primer plano las dificultades de adaptación de amplios sectores de la población a las cambiantes condiciones de vida de la sociedad industrial. Posteriormente, la curva desciende levemente hasta la Primera Guerra Mundial. No obstante, la delincuencia de reincidencia continuó incrementándose. La criminalidad en los tiempos de la República de Weimar se mantuvo con firmeza bajo el signo de las fluctuaciones económicas que convulsionaron Alemania durante esos pocos años. En el momento de mayor **inflación**, en el año 1923, fue alcanzado **en Alemania el mayor nivel de criminalidad jamás**

⁶ Vid. *Kerner*, *Verbrechenswirklichkeit* págs. 170 ss.; manifestando sus dudas *Kaiser*, *Kriminologie* § 42 núm. 28.

(de ellos condenados)				
Año	Condenados	Número	Porcentajes	Cifras de condenados
<i>Territorio imperial</i>				
1882	315.849	82.292	26,0	996
1885	325.122	93.841	28,9	1.006
1905	508.102	229.167	44,9	1.205
1913	555.527	251.882	45,3	1.169
1923	823.902	178.545	21,6	1.693
1931	569.903	231.953	41,1	1.125
1935	431.423	171.071	39,7	838
<i>Territorio Federal</i>				
1951	401.538	123.302	30,7	1.073
1955	530.655	175.352	33,0	1.331
1957	564.026	208.927	37,0	1.398
1960	555.212	214.667	38,6	1.316
1966	607.752	236.605	38,9	1.303
1969	618.170	256.314	41,5	1.310
1973	698.912	204.783	29,3	1.434
1974	699.198	215.265	30,8	1.419
1976	699.339	242.898	34,7	1.411
1978	739.044	272.538	36,9	1.473
1980	732.481	279.838	38,2	1.433
1982	772.194	318.441	41,2	1.481
1983	784.657	334.906	42,7	1.499
1985	719.924	325.755	42,2	1.371
1991	695.118	289.224	41,6	1.274

registrado. Al mismo tiempo descendió fuertemente el número de delincuentes reincidentes, porque como consecuencia de la penuria generalizada aumentó torrencialmente el número de delincuentes primarios. Con el retorno a una armonía de las relaciones económicas la criminalidad registrada volvió a descender paulatinamente, siendo esta tendencia apenas interrumpida por la crisis mundial de 1929 y su correlativa destrucción de puestos de trabajo. Bajo el dominio del nacional-socialismo que trajo consigo una rigurosa lucha contra la criminalidad, la integración de todo el pueblo en organizaciones militarmente organizadas y estrechamente vigiladas, la incorporación al ejército de jóvenes promociones y la proliferación de la justicia privada de muchas organizaciones por delitos leves, tuvo lugar un fuerte descenso de la criminalidad que ni siquiera ha sido observado bajo el poder de otros órdenes dictatoriales. En el año 1951 comienza un bajo descenso de la criminalidad registrada judicialmente, aunque fue debido a la Ley de Amnistía de 1949. En los años siguientes las cifras fueron aumentando invariablemente hasta el año 1957, momento en el

que se alcanza un nuevo punto álgido que se acerca nuevamente a las cifras de los años de inflación. La participación creciente de los nuevos factores de la criminalidad relativa a la seguridad del tráfico se hace aquí perceptible. Asimismo, el segmento correspondiente a la criminalidad de reincidencia asciende fuertemente acercándose nuevamente a la frontera del 40%. Con posterioridad a 1957 las cifras de condenados muestran, con pequeñas oscilaciones, una suave tendencia regresiva. Desde 1969 **aumenta el número de condenados** de forma continuada, sobrepasando por primera vez en el año 1973 el nivel máximo de 1957 y manteniéndose desde entonces aproximadamente en la misma cota aunque mostrando en 1991 un ligero descenso. Por el contrario, la estadística policial advierte de una **curva que crece constantemente** (vid. *infra* tabla IV): de 1.678.840 delitos de los que se tuvo conocimiento en el año 1963 (cifra de frecuencia 2914), pasando por los 2.741.728 en el año 1974 (cifra de frecuencia 4419), hasta los 4.367.124 en el año 1986 (cifra de frecuencia 7154). Los números de la estadística policial muestran nuevamente para el año 1993 un considerable aumento (vid. *infra* IV): en la "vieja" República Federal se tuvo conocimiento de la comisión de 5.347.780 delitos (cifra de frecuencia 8032), mientras que para el conjunto de la República Federal se alcanzan los 6.750.613 (cifra de frecuencia 8337). La no correspondencia con este incremento de la cifra de condenados e, incluso, la evidencia de un ligero descenso en el año 1991, es consecuencia, entre otras, de la adecuación de la praxis a los §§ 153, 153 a StPO (vid. *infra* § 5 V 3). No obstante, se trata de delitos de cuya comisión tuvo constancia la Fiscalía o el Tribunal y que habrían conducido a la condena si el proceso no hubiera sido archivado con anterioridad.

En la **zona de la antigua RDA** la criminalidad ha sufrido un amplio y fuerte aumento de sus proporciones, que se dirige hacia una equiparación con la de los viejos Länder federales⁷. El lastre de la criminalidad en los nuevos Länder federales es todavía levemente inferior que en los viejos. La fuerte subida está en relación con el cambio veloz de la sociedad, con el alto nivel de desempleo, con la libertad todavía desconocida sobre todo para la juventud, así como en la criminalidad organizada en la zona fronteriza del este y sur del país. El desarrollo producido no ha sorprendido sino que se corresponde con las expectativas previstas.

Sería tentador poner en relación el orden de importancia y el movimiento de la criminalidad de los distintos países a través de una estadística criminal comparada. Sin embargo, por ahora las dificultades técnicas son insalvables y la falta de fuentes es demasiado grande. Instructivos son, mientras tanto, los informes acerca del desarrollo de

⁷ Vid. *Kaiser*, ZStW 106 (1994) págs. 497 ss.

la criminalidad en determinados países; muestran que, en esencia, aunque sin tener en cuenta a Japón⁸, en el extranjero también está teniendo lugar un incremento generalizado de la criminalidad no muy diferente a la imagen⁹ que muestran las experiencias alemanas, con lo cual la República Federal de Alemania está situada en un nivel elevado¹⁰.

III. El desarrollo de la criminalidad juvenil comprobada judicialmente en el Imperio alemán y en la República Federal de Alemania entre 1882 y 1991 así como la criminalidad de semiadultos entre 1954 hasta 1991

La criminalidad juvenil comienza por ser proporcionalmente baja con anterioridad al cambio de siglo, pero asciende fuertemente de modo paralelo a la delincuencia de los adultos y baja del mismo modo con posterioridad hasta la Primera Guerra Mundial. La explicación podría residir aquí también en la inicialmente difícil, aunque paulatinamente mejor, adaptación a las condiciones de vida de la sociedad industrial. La **cifra más alta** (aunque aquí no suministrada) del año 1919 alcanza otra vez casi al punto álgido de la *época inflacionista* como efecto inmediato de la guerra. La aprobación de la JGG de 1923 y la normalización de las relaciones de vida permiten que la curva de la criminalidad descienda con fuerza. Bajo el nacional-socialismo la delincuencia juvenil disminuye en una proporción aún más acusada que en la de los adultos, lo que es atribuible al movimiento organizativo y disciplinador de la juventud y a la justicia privada de tales grupos. Con relación a los años anteriores, la criminalidad juvenil posterior a la Segunda Gue-

⁸ Miyazawa, Würtenberger-Festschrift págs. 299 ss.; *el mismo*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1159 ss.; Kühne/Miyazawa, Kriminalität und Kriminalitätsbekämpfung in Japan, 1979.

⁹ Vid., con carácter general sobre la República Federal, Kaiser, Kriminologie § 42 núms. 47 ss.; H.-J. Albrecht, BewH 1984, págs. 1 ss.; en relación a Austria: Császár, Kriminalität in Österreich págs. 41 ss., así como Sicherheitsbericht 1983, pág. 3, que desde 1975 evidencia un simétrico y suave ascenso de la criminalidad; sobre Suiza: Schulz, Rev sc crim 1965, pág. 385 y las recensiones anuales a Eidgenöss. Statist. Amt "Die Strafurteile in der Schweiz" 1982-1984, SchwZStr 103 (1986) págs. 122, 443, 444; J. Frey, Die Kriminalität in Zeiten des Wohlstandes, 1968; en torno a Inglaterra: McClintock/Avison, Crime in England, págs. 16 ss.; sobre Estados Unidos: US Department of Justice (Ed.), Crime in the United States, 1984, pág. 43, donde se señala que desde 1980 hasta 1984 se ha producido un nuevo descenso de la cifra de condenados que gira en torno a un 15 % en total. Un estudio comparativo de la criminalidad en los diez países que poseen los índices más bajos de delincuencia lo ha emprendido Adler, Nations not Obsessed with Crime, 1983, donde ante todo viene a cerrar el paso a las tradicionales condiciones y factores económico-culturales. En relación a la problemática de una comparación internacional Collmann, Internationale Kriminalstatistik págs. 82 ss.; Dörmann, Kriminalistik 38 (1984) págs. 414 ss.

¹⁰ Vid. Kaiser, Kriminologie § 42 núms. 83, 92.

Jóvenes (de 14 a 17 años)					
Año	Condenados	Cifras de condenados	Año	Condenados	Cifras de condenados
1882	30.719	568	1962	42.900	1.584
1885	30.675	559	1966	44.689	1.422
1900	48.657	745	1968	49.855	1.588
1910	51.315	668	1970	55.657	1.741
1923	86.040	1.082	1972	59.726	1.777
1931	22.844	561	1976	64.511	1.691
1933	15.985	553	1978	76.177	1.892
1936	14.339	359	1980	80.424	1.917
1951	30.495	1.015	1982	87.476	2.086
1954	29.219	842	1983	83.493	2.025
1956	37.183	1.015	1985	62.645	1.687
			1991	32.282	1.278
Semiadultos (de 18 a 20 años)					
1954	58.854	2.623	1980	98.845	3.323
1964	67.666	3.108	1982	106.820	3.390
1974	86.695	3.426	1983	104.021	3.337
1976	91.769	3.529	1985	90.667	2.826
1978	98.374	3.562	1991	64.344	2.614

rra Mundial muestra cifras llamativamente altas e invariablemente ascendentes. Ya en el año 1951 comienza con un tamaño tal que casi se corresponde con la cima de los tiempos de inflación. Con una débil atenuación en el año 1954, las cifras se elevan progresivamente alcanzando en 1962, con una cifra de condenados de 1584 jóvenes, un primer nivel máximo que es aproximadamente un 50% superior al de la época inflacionista, a pesar de que entre tanto la JGG de 1953 fue nuevamente mejorada. En el año 1972 la cifra de condenados alcanza ya a 1777, en el año 1979 la de 1887 y en el año 1983 la de 2025, lo que sin embargo significa por primera vez un descenso frente al año anterior. En el año 1991 la reducción de la cifra de condenados es especialmente grande; lo que sin embargo nada dice a favor de que la delincuencia juvenil haya retrocedido realmente, pues la fuerte reducción de la cifra de condenados únicamente es atribuible a la admisión de los casos en los que puede prescindirse de la acusación por parte del Fiscal (§ 47 JGG) o el Juez puede dictar el sobreseimiento del proceso (§ 47 JGG). La **imagen de la delincuencia juvenil** es, por ello, especialmente desfavorable pues, aunque se prescinda de los delitos contra la seguridad del tráfico, en general persiste una tendencia alcista. En comparación con el año 1882 existe hoy una criminalidad juvenil cuatro veces superior a la de entonces, mientras que la delincuencia de adultos no es esencialmente superior a la existente con anterioridad a la Primera

Guerra Mundial. La cifra de criminalidad más alta de las distintas clases de edades señala a los **semiadultos**, cuya cifra de condenados en el año 1991 con 2614 bien dobla a la de los adultos, aunque desde 1985 aquélla ha comenzado a sufrir un ligero retroceso. Este desarrollo se ha reforzado considerablemente en 1991, lo que sin embargo es igualmente atribuible, como en los jóvenes, al incremento de la aplicación de las posibilidades de archivo del procedimiento (§§ 45, 47 JGG) por el Juez de acuerdo con el § 109 II JGG. El ascenso de la delincuencia juvenil y de la de los semiadultos, con alarmantes cifras procedentes del extranjero¹¹, ha desencadenado una preocupación creciente¹². Incluso aunque por el momento únicamente esté sucediendo un desplazamiento de la criminalidad de edades adultas a otras más jóvenes¹³, lo que no debería producir un incremento del volumen global de la delincuencia, debe resaltarse un notable incremento de la criminalidad juvenil y de los semiadultos desde el año 1966, que desde luego no se expresa en la estadística de condenados a consecuencia del significativo reforzamiento de las posibilidades de archivo del proceso. A largo plazo existe también un peligro de crecimiento del conjunto de la delincuencia por el trasvase de la criminalidad a edades más tempranas, pues según la experiencia criminológica la probabilidad de reincidencia es mayor cuanto menor es la edad en la que tiene lugar la primera condena¹⁴. La experiencia criminológica nos ha enseñado también que relativamente pocos jóvenes y semiadultos delincuentes se convierten en "criminales profesionales", aunque esta posibilidad es cuantitativamente mayor cuanto más precozmente se comete el primer delito. Un factor criminal especialmente peligroso de las personas jóvenes es el alto desempleo juvenil, puesto que contribuye a hacer evidente la inutilidad de su propio esfuerzo, lo que sobre todo podría evitarse con una buena formación profesional. Una lucha eficaz contra la criminalidad juvenil depende decisivamente del éxito de la reducción de esa difícil carga para el desarrollo de las personas jóvenes.

¹¹ *Champion*, The Juvenile Justice System págs. 53 y 58 ss.; *Kaiser*, Jugendkriminalität págs. 80 ss.

¹² *Kaiser*, Jugendkriminalität págs. 74 ss.; *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht págs. 9 ss.

¹³ Así, *Hilde Kaufmann*, Jugendkriminalität pág. 34. En contra de su tesis se pronuncia *Kaiser*, Jugendkriminalität págs. 83 ss.

¹⁴ *Kaiser*, Kriminologie § 58 núm. 19, advierte de un desarrollo parecido en Francia, Gran Bretaña y Austria.

IV. Delitos conocidos y aclarados

Año	Delitos conocidos	Cifras de frecuencia	Delitos aclarados	Cuadro de delitos aclarados
1963	1.678.840	2914	932.307	55,5%
1965	1.789.319	3031	951.115	53,1%
1967	2.074.322	3465	1.082.009	52,2%
1969	2.217.966	3645	1.136.417	51,2%
1970	2.413.586	3924	1.166.933	48,3%
1973	2.559.974	4131	1.201.861	46,9%
1974	2.741.728	4419	1.250.970	45,6%
1976	3.063.271	4980	1.404.889	45,9%
1978	3.380.516	5514	1.509.120	44,6%
1980	3.815.774	6198	1.714.715	44,7%
1982	4.291.975	6963	1.956.332	45,6%
1983	4.345.107	7074	1.958.677	45,1%
1984	4.132.783	6755	1.931.022	46,7%
1986	4.367.124	7154	1.998.007	45,8%
1993*	5.347.780	8032	2.486.090	46,5%
1993**	6.750.613	8337	2.957.135	43,8%

La alta y creciente **cifra de delitos conocidos** está causada principalmente por el hurto¹⁵ que en 1993 constituyó, en su modalidad agravada un 37,7% y en su modalidad básica un 23,8%; del volumen global de las infracciones cometidas, mientras que la proporción de delitos violentos (homicidio doloso, violación, robo) únicamente supuso el 1,1%. La estadística sobre investigación de los crímenes cometidos revela que la **cuota de delitos aclarados** entre los años 1963 y 1978 retrocede progresivamente, aunque desde entonces se ha producido una mejora si se prescinde de la cifra del año 1993 para el conjunto de la República Federal, pues resulta necesario aclarar que la implantación de la policía en los nuevos Länder todavía no ha finalizado. Por cierto que la cuota de infracciones aclaradas difiere notablemente dependiendo del delito de que se trate; y así, en el año 1993 para el caso del homicidio y el asesinato alcanza un 84,7% (lo que ha supuesto un retroceso considerable); en el supuesto de la violación un 68,8%, para el incendio doloso un 35,8% y para el caso del hurto agravado tan sólo un

* ("antigua" República Federal).

** (conjunto de la República Federal).

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que esta figura en el StGB no coincide exactamente con el hurto regulado en España, pues el concepto que acoge el texto alemán abarca también el robo con fuerza en las cosas del texto punitivo español (N del T).

12,2%, lo que supone el nivel más bajo desde que comenzaron a elaborarse las estadísticas.

V. Aplicación de las penas y de las medidas de seguridad

1. Penas impuestas a causa de delitos graves y menos graves (condenados según el Derecho penal común)

Año	Condenados en total	Presidio (Zuchthaus)	Presidio (desde 1970 prisión)	De ellos cada un per-petua	De ellos hasta 3 meses, a partir de 1970 hasta 6 meses	De ellos susp. Con-dis.	%
1967	558.384	3290	209.037	55	161.055	70.975	33,89
1968	575.629	3209	207.645	69	158.633	75.036	36,15
1969	530.947	2557*	155.741	59	109.122	73.566	47,02
1970	553.692	-	88.248	70	55.844	46.972	53,20
1973	601.419	-	96.589	47	55.229	57.842	59,80
1974	599.368	-	104.726	85	59.460	63.863	61,00
1976	592.154	-	98.233	71	59.058	61.801	62,91
1978	614.252	-	105.506	52	64.548	67.889	64,35
1980	599.832	-	104.850	54	63.839	68.878	65,69
1982	622.434	-	115.726	70	68.385	75.182	64,97
1983	636.105	-	118.638	68	69.094	77.391	65,23
1985	600.798	-	111.876	86	64.557	74.147	66,28
1991	622.390	-	100.766	56	58.157	68.407	67,90

Año	Arresto	De ellos, con susp. Condicional
1970	626	-
1973	495	-
1974	376	-
1976	1.360	1.095
1978	1.119	912
1980	868	743
1982	791	662
1983	575	435
1985	508	429
1991	333	295

* Acerca del retroceso de la pena de presidio a partir del año 1882, *Exner*, Strafmessungspraxis pág. 19.

Año	Penas de multa (Penas únicas)	Prohibición de conducir
1967	345.065	10.404
1968	361.074	10.266
1969	371.918	10.074
1970	464.118	10.587
1973	504.355	12.317
1974	494.266	16.743
1976	492.561	21.66
1978	507.627	26.477
1980	494.114	32.201
1982	505.917	37.468
1983	516.892	38.702
1985	488.414	36.928
1991	521.291	32.191

La pena unitaria privativa de libertad introducida en el año 1969, junto con la limitación de las penas cortas de prisión a través del § 47, ha supuesto una disminución de los condenados a **pena de prisión** desde el 37% entre los años 1968 y 1989 al aproximadamente 17% de todos los condenados, así como el correlativo aumento de la pena de multa¹⁶. Al mismo tiempo, la proporción de penas de prisión ejecutadas ha retrocedido del 24% al 7% de todos los condenados, gracias al aumento de la suspensión condicional de aquéllas del 33% a más del 67% de todas las penas de prisión. El retroceso de la pena de prisión se ha limitado, no obstante, a aquellas que son de corta duración ya que las de media o larga duración han subido incluso ligeramente, lo que ha traído por consecuencia que en el año 1986 el número de presos se acercara al nivel del tiempo de la reforma de 1969 (vid. *infra* § 5 VI). Pero en el año 1991 el porcentaje ha disminuido claramente otra vez. A pesar de la existencia del § 47, todavía más de 50.000 las penas de prisión inferiores a seis meses, siendo éstas suspendidas condicionalmente en un 80% de los casos¹⁷. El arresto penal como pena corta

¹⁶ Vid., en relación a lo que sigue, *Heinz*, MSchrKrim 64 (1981) págs. 148 ss.; *el mismo*, ZStW 94 (1982) págs. 632 ss.; *el mismo*, BewH 1984 págs. 17 ss., así como *el mismo*, The Problems of Imprisonment págs. 196 ss.

¹⁷ Según las propuestas del AE, que además *Roxin*, JA 1980, 549 recomienda seguir, se suprimiría completamente la pena de prisión inferior a seis meses lo que traería por consecuencia la desaparición de la ejecución de aproximadamente 10.000 penas de prisión, aunque todavía subsistirían alrededor de 40.000 casos de ejecución de penas cortas (arresto subsidiario, revocación de la sustitución, abono de la prisión preventiva); vid. *Kaiser*, Kriminologie § 116 núm. 16, Tabla 41.

de prisión para soldados (previsto en la WStG) ha disminuido a la mitad y es suspendido condicionalmente en casi nueve de cada diez casos.

La cota de la **pena de multa**¹⁸ asciende en un 64,5% de los casos hasta 30 días-multa, en un 30% entre 30 y 90 días-multa, en un 2,3% entre 91 y 180 días-multa y en un 0,2% de los supuestos entre 181 y 360 días-multa. Multas más altas son poco frecuentes, de modo que éstas apenas invaden el alcance de la pena de prisión de entre tres y seis meses, y nunca el que va de seis meses a un año a pesar de que están previstos hasta 360 días-multa. La proporción de arrestos sustitutorios ejecutados que en 1971 únicamente alcanzó el 3,8%, ha ascendido aproximadamente hasta el 6% en el año 1990 principalmente por causa del incremento del desempleo, de modo que por el momento casi 30.000 multas deben ser cumplidas con pena de arresto sustitutorio de acuerdo con el § 43. La elusión de la ejecución de aquél a través del cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad es en realidad posible en todos los Länder federales (art. 293 EGStGB), aunque sin embargo es solicitada sólo en un porcentaje que oscila entre el 7,7 y el 20,1% de los casos, y tan sólo entre un 44,2 y 64,8% de los supuestos en los que la ejecución tiene lugar ésta se completa totalmente¹⁹. Un considerable, continuado y creciente significado presenta la pena accesoria de prohibición de conducir (§ 44), pues en el año 1985 la proporción de la privación de carnets de conducir (vid. *infra* Tabla V 2) continuaba siendo todavía casi cinco veces superior.

En la (anterior) circunscripción federal había a la fecha de 31.12.1991 un total de 2129 funcionarios auxiliares de libertad vigilada, que tenían que supervisar la ejecución de 130.750 suspensiones condicionales, de modo que cada uno de ellos tocaba a 61 seguimientos. Del conjunto de 41.880 vigilancias de la suspensión condicional que finalizaron en el año 1991, se suspendieron definitivamente 30.210 mientras que 11.670 fueron revocadas. Así pues, los auxiliares de libertad vigilada tuvieron éxito en un 72,13% mientras que la cuota de revocación alcanzó un 27,86%. Esto muestra un éxito que debe ser tenido en cuenta, si se piensa que la cuota de reincidencia en presos liberados está entre un 60 y un 80%.

¹⁸ Vid. *Kaiser*, Kriminologie § 116 núm. 40 Tabla 46.

¹⁹ En este sentido, *Schöch*, Gutachten C para el 59.º DJT 1992, p. C 86.

2. Personas sentenciadas a medidas de seguridad de corrección y aseguramiento

Año	Hospital psiquiátrico	Centro de desintoxic.	Casa de trabajo	Custodia de seguridad	Inhabilitación profesional	Privación del permiso de conducir
1967	342	291	98	239	168	113.369
1968	383	242	80	268	158	115.895
1969	346	196	33	219	146	118.714
1970	306	172	-	110	90	136.832
1973	392	162	-	84	92	168.509
1974	399	183	-	69	97	159.700
1976	410	404	-	60	82	172.195
1978	377	483	-	35	59	191.921
1980	366	585	-	41	63	194.979
1982	408	519	-	38	82	182.991
1983	420	521	-	27	93	191.137
1985	425	526	-	39	66	172.520
1991	474	724	-	38	75	180.242

Dentro de las medidas de seguridad de corrección y aseguramiento domina la **privación del permiso de conducir**. En el año 1954 fue impuesto en 11.025 casos y en 1991 en 180.242 supuestos, lo que significa que en 37 años su número se ha multiplicado por dieciséis. A ello debe añadirse, en el sentido de la protección del tráfico viario que representa la prohibición de conducir, que desde 1967 se ha impuesto en más del triple de ocasiones (vid. *supra* Tabla V 1). Considerable significado práctico tiene de igual modo el internamiento en un hospital psiquiátrico. Ha aumentado con fuerza el ingreso en establecimientos de desintoxicación por parte de drogodependientes. Probablemente tendrá lugar un retroceso como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16.3.1994 (BGBl. I pág. 3012), que ha venido a exigir para el internamiento una concreta y suficiente probabilidad de éxito en el resultado del tratamiento. De la inhabilitación para el ejercicio de una profesión se hace uso en escasas ocasiones. La custodia de seguridad ha retrocedido hasta tal punto que apenas juega ya papel alguno como medida de seguridad frente a delincuentes especialmente peligrosos (respecto al seguimiento de conducta vid. *infra* § 78 I 6)²⁰.

²⁰ Para *Kaiser*, Pallin-Festschrift pág. 203, las medidas de seguridad que conllevan privación de libertad en Alemania, Austria y Suiza alcanzan únicamente menos del 1% de todas las sanciones impuestas judicialmente de acuerdo con el Derecho penal común.

Una nueva posibilidad informal de sanción del mayor significado práctico, creada en el año 1974, es el **archivo provisional del proceso penal** a través del Fiscal o del Tribunal **bajo la condición** que en el 98% de los casos consiste en el pago de una cantidad de dinero a una institución de interés social o al Estado (§ 153a StPO); como condiciones están previstas, además, la reparación del daño o contribuciones de interés general (vid. *infra* 8 VI 1). En el año 1985 el número total de archivos condicionales (§ 153a StPO) podría haberse elevado a 208.000, mientras que la cifra total de condenados conforme al Derecho penal común ascendió a 719.924²¹. La acumulación del trabajo debida al aumento de los delitos denunciados fue absorbida parcialmente por medio de esta vía²². Como el procedimiento del § 153a StPO presupone la conformidad del acusado, aquí tiene lugar con carácter general un acuerdo (*Absprache*) entre el Fiscal y el acusado o su defensor.

VI. Presos y custodiados entre 1969 y 1991 en ambos casos a 31 de marzo según la clase y duración de la privación de libertad y la edad personal

La **cifra total de presos**, desde el nivel máximo alcanzado con 49.533 en el año 1965, ha retrocedido considerablemente a consecuencia de la reducción de la pena de prisión, aunque desde el año 1971 ha venido nuevamente a crecer progresivamente de modo que la cifra de salida ya casi fue alcanzada otra vez en el año 1984. Esto fue una consecuencia del aumento de la criminalidad en su conjunto, del incremento en la duración de las penas a medio y largo plazo, así como del alto número de arrestos sustitutorios ejecutados. Desde 1986 viene teniendo lugar un nuevo descenso que, a fecha de 31.3.1991, alcanza el 17,3%. En una estadística comparada del Consejo de Europa²³ se proporciona la cifra global de presos en la República Federal Alemana con fecha 1.9.1991 en 49.658 (cuota de presos por cada 100.000 habitantes, 78,8), de los que un 23,3% eran presos preventivos²⁴. La República Federal, pues, ocupa el puesto al final del primer tercio de los países que integran el Consejo de Europa. Para su comparación, la cuota de presos alcanza en Francia el 83,9, en Gran Bretaña el 92,1, en Suecia el 55,0 y en los Países Bajos el 44,4. Alto es también el número de presos jóvenes (por debajo de 25 años), con los que todavía se muestra posible una influencia educativa a través de la ejecución de la pena. Representan una quinta parte de todos los presos. Más

²¹ Vid. *Kaiser*, Kriminologie § 115 núm. 35 Tabla 38. En relación al progresivo aumento desde 1977 *Rieß*, ZRP 1983, pág. 93 y 1985, pág. 212.

²² *Heinz*, BewH 1984, 16, 26.

²³ Bulletin d'information pénologique 2/92, Tableau 1.

²⁴ Acerca del desarrollo de los presos preventivos, *Hilger*, NStZ 1989, pág. 107.

Año	En total	Según edad			Según la clase de pena o medida de seguridad			Según su duración								
		Menos de 25	De 25 a menos de 40	40 o más	Pena de prisión	Pena juvenil	Custodia de seguridad	Pena de prisión						Pena juvenil		
								Hasta 9 meses (inclusive)	Más de				Cadena perpetua	Determinada		Indeterminada
									2	5	15	Años				
Duración																
1969	46.745	11.483	26.335	8.972	40.407	5.249	1.089	15.506	11.489	9.796	2.535	1.084	3.900	1.349		
1971	33.015	9.308	17.483	6.224	27.614	4.899	502	10.876	7.893	5.810	1.997	1.083	3.873	1.026		
1973	35.974	10.980	18.787	6.207	29.894	5.729	351	11.564	9.894	5.612	1.861	963	4.740	989		
1974	36.763	11.024	22.279	3.460	30.743	5.644	376	12.272	15.553		1.932	936	4.800	844		
1978	41.557	11.844	21.337	8.316	34.868	6.421	268	12.632	18.403		2.854	979	5.825	596		
1980	42.239	12.091	21.212	8.972	35.537	6.490	208	12.383	18.873		3.325	956	5.924	566		
1984	49.254	13.276	25.350	10.628	42.140	6.923	182	15.451	27.409		4.856	1.020	6.932	330		
1986	45.342	11.029	23.741	10.572	39.407	5.693	242	12.784	20.805		4.730	1.088	5.455	238		
1991	37.468	7.476	21.117	8.875	33.392	3.889	187	11.452	16.705		4.058	1.177	3.857	32		

de la mitad de los presos poseen una edad mediana (entre 25 y 40 años). En este grupo se evidencia con una nitidez especial el problema de la educación coactiva de adultos. A la cifra total de 37.468 presos y custodiados en la anterior circunscripción federal a la fecha de 31.3.1991, deben ser además añadidos los presos preventivos cuyo cómputo íntegro en aquella zona a la fecha de 31.12.1991 alcanzaba los 14.415, y cuyo período de internamiento según el § 51 I es abonado al cumplimiento de la pena. El número de casos en los que la duración de la prisión preventiva sobrepasa la duración de la pena o el proceso finaliza con el sobreseimiento, absolución, pena de multa o sustitución de la pena de prisión, es alto: entre 1975 y 1980 condenados que habían estado en prisión preventiva fueron, por término medio, sentenciados en un 16% a penas de multa y en un 29,7% les fue suspendida condicionalmente la pena de prisión²⁵, de modo que para casi la mitad de estos presos la prisión preventiva supone una privación de libertad finalmente inmerecida. La solución indemnizatoria para los casos de sobreseimiento y absolución, está regulada en el § 2 I StrEG de 8.3.1971 (BGBl. I pág. 152). En el retroceso del número de personas sometidas a la custodia de seguridad, se refleja el reparo de los Jueces a alargar la privación de libertad por medio de una medida de seguridad más allá del marco de la pena de prisión merecida por el hecho cometido.

§ 6 Las Ciencias criminales

H.-J. Albrecht, Generalprävention, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a Ed. 1993, pág. 157; *Ancel*, Le droit pénal comparé, en: *Jescheck/Kaiser* (Edrs.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980, pág. 73; *el mismo*, Directions et directives de politique criminelle, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 779; *Baratta*, Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, ZStW 92 (1980) pág. 107; *Burgstaller*, Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP. Versuch einer Bestandsaufnahme, ZStW 102 (1990) pág. 637; *Eisen* (Ed.), Handwörterbuch der Rechtsmedizin, Tomo III págs. 1973 ss.; *Engisch*, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale 1957, pág. 173; *el mismo*, Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens, Studium Generale 1959, pág. 76; *el mismo*, Methoden der Strafrechtswissenschaft, Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, Methoden der Rechtswissenschaft, Parte I, 1972, pág. 39; *Feest*, Kriminalistik, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a Ed. 1993, pág. 236; *Ferracuti*, Possibilities and Limits of Comparative Research in Criminology, en: *Jescheck/Kaiser* (Ed.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980, pág. 129; *Gimbernát Ordeig*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? ZStW 82 (1970) pág. 379; *Göppinger*, Der Täter in seinen sozialen Bezügen, 1983; *el mismo*, Angewandte Kriminologie, 1985; *el mismo*, Angewandte Kriminologie-International, 1988; *Groß/Geerds*, Handbuch

²⁵ *Heinz*, ZStW 94 (1982) pág. 662.

der Kriminalistik, 10.^a Ed. Tomo I, 1977, Tomo II, 1978; *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984; *Grünhut*, Moderne Arbeitsmethoden in der Kriminologie, ZStW 72 (1960) pág. 267; *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften? 1983; *Hauser*, Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1215; *Hellmer*, Kriminalpädagogik, 1959; *Henrici*, Die Begründung des Strafrechts in der neueren deutschen Rechtsphilosophie, 1961; *Hirsch*, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft? Festschrift für G. Spengel, 1992, pág. 43; *el mismo*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht, en: *Hirsch/Weigend* (Edrs.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pág. 65; *el mismo*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, pág. 399; *Jescheck*, Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 579; *el mismo*, Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform, ZStW 86 (1974) pág. 761; *el mismo*, Das neue deutsche Strafrecht im internationalen Zusammenhang, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft, 1975, pág. 49; *el mismo*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Strafrechtsreform, Festschrift für P. Bockelmann, 1978, pág. 133; *el mismo*, Grundlinien der internationalen Strafrechtsreformbewegung, Festschrift für San Duck Hwang, 1979, pág. 417; *el mismo*, Der Einfluß der IKV und der AIDP usw., ZStW 92 (1980) pág. 997; *el mismo*, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 93 (1981) pág. 3; *el mismo*, Die Freiheitsstrafe bei Franz v. Liszt, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 257; *el mismo*, Möglichkeiten und Probleme eines Europäischen Strafrechts, Festschrift für Jhong-Won Kim, 1991, pág. 947; *Jescheck/Kaiser* (Edrs.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980; *Jescheck/Löffler* (Edrs.), Quellen und Schrifttum des Strafrechts, Tomo I, 1972, Tomo II, 1980; *Kaiser*, Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage? Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 481; *el mismo*, Strafvollzug im europäischen Vergleich, 1983; *el mismo*, Abolitionismus-Alternative zum Strafrecht? Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 1027; *el mismo*, (Ed.), Kriminologische Forschung in den 80er Jahren, 2 Tomos, 1988; *el mismo*, Viktimologie, Festschrift für H. SchülerSpringorum, 1993, pág. 3; *Kaiser/Kury/Albrecht*, Victims and Criminal Justice, 3 Tomos, 1991; *Armin Kaufmann*, Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft, Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, 1985, pág. 100; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie im Wandel, 1972; *Arthur Kaufmann/W.Hassemer* (Edrs.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6.^a Ed. 1994; *Kleinheyer/J. Schröder*, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 3.^a Ed. 1989; *Klug*, Juristische Logik, 3.^a Ed. 1966; *Krauß*, Kriminologie und Strafrecht, en: Grimm (Ed.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Tomo I, 1973, pág. 233; *Kube/Stärzer/Timm* (Ed.), Kriminalistik, 2 Tomos, 1993, 1994; *Kürzinger*, Die Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen, ZStW 86 (1974) pág. 211; *el*

mismo, Private Strafanzeige und polizeiliche Reaktion, 1978; *el mismo*, Kriminologie, 1982; *Lange*, Das Rätsel Kriminalität, 1970; *el mismo*, Die Entwicklung der Kriminologie im Spiegel der ZStW, ZStW 93 (1981) pág. 151; *el mismo*, Neue Wege zu einer Gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 53; *el mismo*, Zur neuen Situation der Kriminologie, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 671; *Langer*, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, GA 1990, 435; *Leferenz*, Rückkehr zur Gesamten Strafrechtswissenschaft? ZStW 93 (1981) pág. 199; *el mismo*, Die Kriminalprognose, en: *Göppinger/Witter* (Ed.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo II, 1972, pág. 1347; *v. Liszt*, Kriminalpolitische Aufgaben, ZStW 9 (1889) pág. 452; *López-Rey*, A Guide to United Nations Criminal Policy, 1985; *Lüderssen/Sack* (Ed.), Abweichendes Verhalten, Tomos I-IV, 1975-1980; *los mismos*, (Edrs.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Tomos I, II, 1980; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2.^a Ed. 1975; *Maihofer*, Gesamte Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 75; *Menne* (Ed.), Psychoanalyse und Justiz, 1982; *Meyer-Cording*, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? 1973; *B. Mueller*, Gerichtliche Medizin, HWB Krim, Tomo I, 1966, pág. 274; *G.O.W. Mueller*, In Search of a Philosophy of Criminal justice, Essays in Honour of Sh. Dando, 1983, pág. 111; *Opp*, Abweichendes Verhalten und Gesellschaftsstruktur, 1974; *Otto*, Dogmatik als Aufgabe der Rechtswissenschaft, Internat. Jahrbuch f. interdisziplinäre Forschung, Tomo II, 2, 1975, pág. 116; *Peters*, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, 1960; *Pfeiffer/Scheerer*, Kriminalsoziologie, 1979; *Prokpl/Göhler*, Forensische Medizin, 3.^a Ed. 1976; *Radzinowicz*, The roots of the International Association of Criminal Law and their significance, 1991; *Revue internationale de droit pénal* 1982, Fascículos 3/4, La philosophie de la justice pénale et la politique criminelle contemporaines (con numerosas contribuciones); *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.^a Ed. 1973; *el mismo*, Die Wandlungen der Strafrechtswissenschaft, Universitas 1980, pág. 23; *Sack*, Definition von Kriminalität als politisches Handeln: der labeling approach, Kriminologisches Journal 4 (1972) pág. 3; *Schneider*, Kriminalprognose, HWBKrim, Tomo IV, 1979, pág. 273; *Schöch*, Verstehen, Erklären, Bestrafen? en: *Immenga* (Ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung 1980, pág. 305; *Schultz*, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung, en: *Jescheck/Kaiser* (Ed.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, 1980, pág. 7; *Sessar*, Über das Opfer, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1137; *el mismo*, Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann 1986, pág. 373; *Sieverts*, Kriminalpolitik, HWB Krim, Tomo II, 1977, pág. 1; *Spieß*, Kriminalprognose, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a Ed. 1993, pág. 286; *Vogler*, Die Tätigkeit des Europarats auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW 79 (1967) pág. 371; *el mismo*, Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 595; *el mismo*, Die strafrechtlichen Konventionen des Europarats, Jura 1992, pág. 586; *Vöß*, Anzeigemotive, Verfahrenserwartungen und Bereitschaft von Geschädigten zur informellen Konfliktregelung, MSchrKrim 1989, pág. 34; *Welzel*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft der letzten 100

Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pág. 421; *E. Wolf*, Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, 1953; *el mismo*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.^a Ed. 1963; *Würtenberger* (Ed.), Rechtsphilosophie und Rechtspraxis, 1971; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2.^a Ed. 1980; *Zweigert*, Rechtsvereinheitlichung, WVR, Tomo III, 1962, pág. 74; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2.^a Ed. 1984.

Las **Ciencias criminales** se han esforzado en la investigación, ordenación sistemática y exposición de aquel sector de la vida determinado por la criminalidad y su lucha. Son Ciencias en parte normativas y en parte empíricas que se encuentran en una situación de intercambio recíproco interdisciplinario. Las Ciencias criminales se clasifican en la **Ciencia del Derecho penal**, que tiene que ver con las disciplinas jurídicas del Derecho penal, el Derecho procesal penal y con el Derecho de ejecución de penas (vid. *supra* § 3 II), y la **Criminología** cuyo objeto son las causas del delito, la persona y ambiente del autor, la víctima del delito, la forma y modo de los controles sociales del delito y la eficacia de las sanciones. Ambas ciencias se complementan con disciplinas cercanas, cuyos métodos y conocimientos se aplican también para la solución de los problemas propios. De este modo, las Ciencias criminales están cimentadas, de una parte, sobre las Ciencias sociales, y de otra, sobre las Ciencias naturales. La colaboración de las Ciencias criminales a través de un creciente intercambio de interrogantes y resultados es una aspiración científica de gran significado. Sólo a través de una estrecha y organizada cooperación permite esperar que el Derecho penal y la Criminología, así como sus ciencias cercanas, puedan alcanzar a explicar los problemas actuales de una sociedad diversa y muy cambiante. El Derecho penal sin la Criminología está ciego y ésta sin aquél carece de límites.

La unidad orgánica de las partes que superara la parcialidad de la especialización era ya el gran objetivo de *Franz v. Liszt*, al que quiso caracterizar con la expresión programática del “conjunto de la Ciencia penal”¹. No puede haber una unidad científica en este ámbito, sencillamente a causa de la diversidad de objetivos y métodos, si bien es promovido un suministro recíproco de conocimientos y una colaboración positiva².

¹ *v. Liszt*, ZStW 9 (1889) pág. 455. La revista fundada y dirigida por él en el año 1881 llamada Revista de la Ciencia alemana del Derecho penal, hoy se denomina “Revista para el conjunto de la Ciencia penal” [Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)].

² Así, *Göppinger*, Kriminologie págs. 14 ss.; *Kaiser*, Kriminologie § 18 núms. 5 ss.; *el mismo*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 481 ss.; *Lefrenz*, ZStW 93 (1981) págs. 199 ss.; *Krauß*, Kriminologie und Strafrecht págs. 233 ss.; *Mahofer*, Henkel-Festschrift págs. 83 ss.; *Schöch*, Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung págs. 305 ss. Un “modelo integral de futuro” fundado en

I. La Ciencia del Derecho penal (Derecho penal material) y sus disciplinas cercanas

1. El núcleo duro de la Ciencia del Derecho penal es la **Dogmática penal** (Teoría del Derecho penal). Ésta parte de la ley penal como su base y límite, pone de relieve su contenido conceptual y construye sus proposiciones jurídicas, ordena el material jurídico y trata de encontrar nuevos caminos en la formación de conceptos y en la sistemática. A través de la interpretación del Derecho vigente con un examen crítico, comparativo y sistemático de la jurisprudencia, la Dogmática penal sirve como puente entre la ley y la praxis de una aplicación progresivamente renovadora del Derecho penal llevada a cabo por los Tribunales y, con ello, en gran medida a la seguridad jurídica y a la justicia¹.

2. Un *sistema de Derecho penal* no se deriva de unas pocas afirmaciones básicas (axiomas) encaminadas a conseguir consecuencias finales más lógicas y sencillas, porque cada proposición jurídica nueva, en la medida en que posee un contenido material propio, contiene una nueva decisión material que en verdad no puede contradecir a la proposición principal, pero que de la misma no puede ser deducida sin más².

Ejemplo: El reconocimiento de la indicación médica como causa de justificación para la interrupción del embarazo (§ 218 a II) no es consecuencia de la protección del concebido como bien jurídico de la disposición penal del § 218, sino de la consideración contraria de que conforme a la conciencia jurídica del presente, a una mujer no le es exigible su vida a cambio de la del futuro hijo. Es sistemáticamente erróneo equiparar la situación social de necesidad de la embarazada con el peligro para el cuerpo o la vida (vid., no obstante, § 218 a II núm. 3 en la redacción de la 15. StÄG de 18.5.1976), pues ambos intereses mencionados poseen una importancia diversa.

La Dogmática penal requiere para la elaboración conceptual y sistemática, no sólo la lógica jurídica *formal*, pues ésta sólo sienta las reglas de cierre de la Ciencia jurídica³, sino también una **lógica material** que tome como punto de partida los valores protegidos y que de este modo avance en el establecimiento y fundamen-

una crítica al Derecho positivo es proyectado por Baratta, ZStW 92 (1980) págs. 107 ss, quien no obstante se aparta de la actual Ciencia penal.

¹ Vid. Welzel, Maurach-Festschrift pág. 5; Hassemer, Strafrechtsdogmatik págs. 176 ss.; Gimbernat Ordeig, ZStW 82 (1970) págs. 405 ss.; Langer, GA 1990, págs. 435 ss.

² Engisch, Studium Generale 1957, pág. 173. En relación con el método interpretativo *el mismo*, Methoden der Strafrechtswissenschaft págs. 46 ss.

³ Klug, Logik págs. 1 ss.

tación de nuevas proposiciones jurídicas⁴. La lógica material contiene las razones derivadas del sistema valorativo que son necesarias para una decisión material, y que por su contenido se muestran correctos o, como mínimo, defendibles bajo la óptica de la justicia y la finalidad político-criminal.

Ejemplo: El robo agravado (§ 250) es, de acuerdo con la lógica formal, un caso especial del robo básico (§ 249); en cambio, conforme a una cualificación material, constituye una cualificación del hecho por la peligrosidad de la modalidad comisiva o de la especial puesta en peligro de la víctima que justifica una agravación esencial de la amenaza penal.

La Dogmática penal no sólo tiene un significado teórico, sino también práctico. En la Administración de Justicia las distintas funciones y profesiones se encuentran representadas por personas que poseen una formación diversa e intereses heterogéneos: jueces, fiscales, abogados, funcionarios de policía, funcionarios de prisiones, psiquiatras, psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, agentes de prueba o reporteros judiciales. Todos ellos necesitan de una forma conjunta de pensamiento y argumentación, de modo que puedan aportar al denominador común sus respectivas contribuciones por medio de discusiones que resulten comprensibles. La Dogmática penal es el edificio teórico levantado en el que todos están situados o en el que, por lo menos, pueden orientarse⁵. El mantenimiento de la **unidad del sistema de Derecho penal** es una misión fundamental de la Ciencia del Derecho penal, a la vista del veloz desarrollo de la Dogmática en ámbitos concretos y de los ataques externos contra el Derecho punitivo.

2. Junto a la Dogmática penal se sitúa, como una parte de la Ciencia del Derecho penal, la **Política criminal**⁶. Ésta tiene que ver con la reforma del Derecho vigente. Parte de este último y asume también, por ello, los resultados de la Dogmática penal. Sin embargo, fundamenta sus pretensiones futuras de mejora del Derecho positivo sobre los resultados empíricos de la Criminología. Con ello,

⁴ Engisch, *Studium Generale* 1959, pág. 76.

⁵ Una valoración de la Dogmática alemana de los últimos cien años suministra Welzel, *JuS* 1966 págs. 421 ss. Acerca de la esencia y valoración de la dogmática vid., además, Otto, *Internat. Jahrbuch* 1975, págs. 116 ss.; Jescheck, *ZStW* 93 (1981) págs. 3 ss.; Hirsch, *ZStW* 93 (1981) pág. 831, 94 (1982) pág. 239; *el mismo*, *Kölner-Festschrift* pág. 399; *el mismo*, *Die Entwicklung* pág. 65; Gimbernat Ordeig, *ZStW* 82 (1970) págs. 379 ss. Acerca del debate dogmático desarrollado de una forma completamente distinta en Derecho civil vid. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?* 1973.

⁶ Profundizando en los conceptos básicos Zipf, *Kriminalpolitik* págs. 1 ss. Acerca de la integración de la sistemática y la Política criminal, Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* págs. 10 ss.; esforzándose en el deslinde entre ambas Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974. Vid., asimismo, Roxin, *Allg. Teil I* § 7 núms. 68 ss.

la Política criminal constituye el puente entre la Dogmática penal y la Criminología. No sólo en Alemania⁷, sino también en otras partes del mundo⁸, el gran movimiento internacional para la renovación del Derecho penal ha traído consigo un cambio radical en el pensamiento sobre la actual prevención del delito a través de la eliminación de conflictos sociales, que se ha dirigido al afianzamiento de la conciencia jurídica del pueblo acerca de la necesidad de recurrir a sanciones moderadas y humanitarias y a la inserción del delincuente en la sociedad (en torno a los principios de la Política criminal vid. *supra* § 4).

3. La Dogmática penal se sirve de la ayuda de *otras disciplinas de la Ciencia jurídica* que aportan sus propios interrogantes, métodos especiales y nuevos conocimientos:

a) La **Historia del Derecho penal** extiende hacia el pasado la mirada del dogmático y del usuario de la Política criminal⁹. Aquella resucita las grandes épocas del desarrollo del Derecho y de las ideas que las inspiraron, investiga los cambios de la legislación, mantiene vivas las figuras de grandes juristas¹⁰, de sus obras y escuelas, intenta aclarar las formas de manifestación del delito de años anteriores, describe las frecuentes y crueles penas que eran impuestas y, con todo ello, crea la infraestructura sobre la que se fundamenta la Ciencia que analiza el Derecho vigente. Un complemento importante de la Dogmática penal es la *Historia de la Dogmática*: muestra la formación y desenvolvimiento del pensamiento teórico con el trasfondo moral de su tiempo, rastrea el camino de instituciones jurídicas concretas (por ejemplo, el desarrollo de la imputación objetiva y subjetiva) a través de los siglos, conectando de este modo la labor jurídica de las generaciones y suministrando argumentos para la interpretación y reforma del Derecho vigente. Como Historia comparada de la Dogmática viene a ser el puente que conduce al Derecho penal comparado.

b) La Historia del Derecho penal pone en conexión la Dogmática penal con la **Filosofía del Derecho**¹¹. La Filosofía del Derecho se esfuerza en sentar los criterios, de

⁷ Roxin, Universitas 1980 págs. 23 ss.

⁸ Ancel, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 779 ss.; Jescheck, Bockelmann-Festschrift págs. 133 ss.; *el mismo*, MPG-Jahrbuch 1975, pág. 49; *el mismo*, Hwang-Festschrift págs. 417 ss.

⁹ Vid. el resumen de la Historia del Derecho penal que se lleva a cabo *infra* § 10.

¹⁰ Vid. E. Wolf, Große Rechtsdenker, 1963; Kleinheyer/J. Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 1989.

¹¹ Vid. el libro escrito en idioma alemán del erudito y creador del Código penal polaco de 1932, Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, 1906; además, Henrici, Die Begründung des Strafrechts in der neueren deutschen Rechtsphilosophie, 1961. Acerca del significado de la Filosofía social para el Derecho penal, Naucke, en: Hassemer/Lüderssen/Naucke, Fortschritte im Strafrecht págs. 1 ss.; vid., asimismo, desde una perspectiva de Derecho comparado, Mueller, Dando-Festschrift págs. 111 ss., así como las contribuciones al tema "La philosophie de la justice pénale", en: Rev int dr pén 1982, núm. 3 / 4.

acuerdo con los cuales, el dogmático puede enjuiciar si las premisas del Derecho positivo son compatibles con los hechos reales del Orden social (*naturaleza de las cosas*) y con las ideas valorativas inspiradoras de la Ética social (*Derecho natural*), cómo deben ser interpretadas o, en su caso, la forma en que deben ser configuradas¹². Conforme a ello, la Filosofía del Derecho tiene “que comprobar la verdadera obligatoriedad de la simple vigencia del Derecho que se sucede históricamente, para conseguir así que nada rija fácticamente si no es también éticamente obligatorio”¹³. La Filosofía del Derecho libera a la Dogmática penal del dominio del positivismo, permitiendo encontrar la síntesis necesaria en la que el Derecho positivo, por definición siempre incompleto, concuerde con la “idea del Derecho correcto”.

Ejemplo: La pregunta de si el principio de culpabilidad viene a ser simplemente el límite superior de la determinación de la pena para impedir la arbitrariedad o si, más bien, refleja un principio constitutivo de la Ética jurídica para todo el Derecho penal, es sobre todo un problema filosófico-jurídico (vid. *supra* § 4 I 3).

Tampoco el estudioso de la Política criminal puede prescindir de la ayuda de la Filosofía del Derecho, pues ésta le muestra, en atención al Estado de Derecho y dignidad de la persona, dónde deben residir los límites de la eficacia en la lucha contra la criminalidad.

c) La Historia y la Filosofía del Derecho han dirigido tempranamente la mirada, tanto del teórico como del analista político-criminal, hacia el **Derecho comparado**. Este último, nacido de la unidad del pensamiento penal europeo en la época de la Ilustración (*Feuerbach, Mittermaier*), ha jugado un importante papel en el siglo XIX en la nueva configuración del Derecho penal material bajo el modelo del Código penal francés de 1810, en la asunción de instituciones francesas e inglesas para la reforma del proceso penal y como guía de la moderna Política criminal¹⁴. Se ha convertido hoy en día en el método universal de la investigación científica del Derecho y ha adquirido el rango de disciplina especializada¹⁵. Metodológicamente, el Derecho comparado parte del interrogante de

¹² Vid. *Henkel*, Rechtsphilosophie págs. 416 ss.; *Würtenberger*, Rechtsphilosophie und Rechtspraxis, 1971; *Engisch*, Einführung págs. 182 ss.; *Armin Kaufmann*, Tjong-Gedächtnisschrift pág. 100; *Bockelmann*, Einführung, págs. 21 ss.; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie im Wandel págs. 219 ss.; *Arthur Kaufmann/W. Hassemer* (Edrs.) Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 6.^a Ed. 1994.

¹³ *E. Wolf*, Rechtswissenschaft pág. 13.

¹⁴ *Jescheck*, Bockelmann-Festschrift págs. 133 ss. (en relación con el Derecho penal material); *el mismo*, ZStW 86 (1974) págs. 761 ss. (acerca del Derecho procesal penal); *Kaiser*, Strafvollzug im europäischen Vergleich, 1983.

¹⁵ Con carácter general: *Zwigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung Tomo I, 1971; *Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984. Sobre el Derecho penal: *Jescheck*, Entwicklung págs. 36 ss.; *Schultz*, Strafrechtsvergleichung págs. 7 ss.; *Ancel*, Le droit pénal comparé págs. 73 ss.; *Jescheck/Löffler*, Quellen und Schriftum Tomo I págs. 3 ss. (fuentes bibliográficas).

cómo solucionan otros Ordenamientos jurídicos un problema social determinado, al que el propio Ordenamiento jurídico intenta aproximarse con la regulación comparada. Ante todo, la mayoría de las veces define el problema desde el propio Ordenamiento jurídico. Posteriormente, se esfuerza en aclarar la cuestión planteada desde el punto de vista de uno o de varios Derechos extranjeros. Tan sólo entonces tiene lugar el verdadero trabajo comparativo que aclara las coincidencias y diferencias de las estructuras jurídicas, que investiga las razones existentes para unas y otras y que, en fin, también tiene que realizar una valoración crítica de los resultados a los que conduce¹⁶. El Derecho comparado sirve primordialmente, como cualquier otra ciencia, al conocimiento general pero; al mismo tiempo, suministra también sus contribuciones a importantes finalidades prácticas. Y así, en un primer plano se encuentra la legislación penal que en los grandes proyectos ya no puede renunciar a trabajos preparatorios de Derecho comparado, pues únicamente a través de un conocimiento que abarque la normativa vigente en el extranjero puede poseerse el "stock de soluciones" (*Zitelmann*) que se encuentra a disposición de determinadas funciones sociales (acerca de los trabajos preparatorios de Derecho comparado de la importante reforma del Derecho penal vid. 2.^a Ed. págs. 80 ss.). Además, el Derecho comparado puede contribuir a la interpretación del propio Derecho, cuando éste se basa en el Derecho extranjero o cuando acusa la misma problemática¹⁷. Asimismo, el Derecho comparado sirve para la preparación de la unificación jurídica¹⁸ así como, sobre todo en el ámbito del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, para la organización e intensificación de la colaboración internacional de los Estados en la Administración de Justicia¹⁹. Finalmente, el Derecho comparado ha hecho surgir una rama de la ciencia capaz de unir a todos los pueblos, que une a muchos eruditos y especialistas de diferentes naciones y que, sobre todo, encuentra expresión en la intensa vida intelectual de las sociedades internacionales de Derecho penal²⁰.

d) La influencia de las **Ciencias sociales** (Sociología, Política social, Economía social, Psicología social, Filosofía social) sobre la Dogmática penal y la Política criminal viene teniendo lugar ya en el curso del movimiento de reforma de la segunda mitad del siglo XIX²¹. En la actualidad, al Derecho penal las Ciencias sociales le plantean sobre

¹⁶ Acerca de la independencia de la Ciencia del Derecho penal de las codificaciones nacionales *Hirsch*, *Spendel-Festschrift* pág. 43.

¹⁷ *Hauser*, *Jescheck-Festschrift* Tomo II, págs. 1215 ss.

¹⁸ Al respecto, *Zweigert*, *WVR* Tomo III pág. 74.

¹⁹ Sobre la cuestión, *Vogler*, *Maurach-Festschrift* págs. 605 ss.; *el mismo*, *Jura* 1992, pág. 586; *Jescheck*, *Maurach-Festschrift* págs. 584 ss.; *el mismo*, *Kim-Festschrift* pág. 947; *López-Rey*, *Aguide to United Nations Criminal Policy*, 1985.

²⁰ Con más detalle en *Jescheck*, *Entwicklung* págs. 16 ss. Además, *el mismo*, *ZStW* 92 (1980) págs. 997 ss. (sobre IKV/AIDP); *Radzinowicz*, *The roots of the AIDP*, 1991; *Burgerstaller*, *ZStW* 102 (1990) pág. 637.

²¹ *Jescheck*, *Klug-Festschrift* Tomo II págs. 257 ss.

todo cuestiones críticas y perspectivas de futuro: se refieren a la legitimación de la pena como mal voluntariamente infligido a causa de una infracción del Derecho en medio de otras múltiples posibilidades, cuestionan la legitimidad del principio de culpabilidad a la vista de la indemostrabilidad de la libertad de “poder actuar de otro modo” en el hecho concreto, promueven una nueva orientación de los fines de la pena de la retribución a la prevención general y especial, hacen énfasis en la corresponsabilidad de la sociedad con la criminalidad y ven en la socialización del autor le único objetivo defendible de la intervención represiva. En la medida en que en verdad no se aspire a la subversión del Derecho positivo y del orden social, así como a la “abolición del Derecho penal” que conduce al reino de la utopía, sino a que tenga lugar una discusión ligada a la realidad (libre de ideologías), el diálogo con las Ciencias sociales es imprescindible y de gran utilidad para el Dogmático y el analista político-criminal²².

II. La Criminología y sus disciplinas cercanas

1. Mientras que la Ciencia del Derecho penal y sus disciplinas cercanas muestra el componente *normativo* de las Ciencias criminales, la **Criminología**²³ es una ciencia empírica que trabaja con datos *fácticos* y que por ello se sirve de métodos de distintas ciencias naturales y sociales, por lo que se la puede caracterizar como una “rama científica interdisciplinar”²⁴. La Criminología se ocupa, sin sujetarse al concepto de delito en un sentido jurídico, de la personalidad del infractor del Derecho, de su desarrollo, de su forma de ser física y psíquica y de las posibilidades de influirle terapéuticamente, de las formas de manifestación del delito, sus causas, su significado social y personal, así como de la forma en la que desarrollan su efecto los medios de reacción criminales. Objeto de la Criminología son, pues, también otras manifestaciones negativamente valoradas en la sociedad como asocialidad, alcoholismo, adicción a las drogas y situaciones de desamparo. De acuerdo con el objeto de la investigación se distingue entre la *Antropología criminal*, que se divide en *Biología criminal* (investigación de la constitución y Psiquiatría criminal) y *Psicología*

²² Sack, *Kriminologisches Journal* 1972, pág. 3; Opp, *Abweichendes Verhalten und Gesellschaftsstruktur*, 1974; Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1975; Lüderssen/Sack (Eds.), *Abweichendes Verhalten* Tomos I-IV, 1975-1980; Hassemer, *Einführung* págs. 19 ss., 259 ss.; Hassemer/Lüderssen/Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* 1983; Sessar, *Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift* pág. 391.

²³ La denominación fue utilizada por primera vez en el título de la obra fundamental del italiano R. Garofalo *Criminologia*, 1.ª Ed. 1885.

²⁴ Así, Göppinger, *Kriminologie* págs. 133 ss.; Kaiser, *Kriminologie* § 1 núms. 15 ss.; Kürzinger, *Kriminologie* pág. 11. Vid., además, Grünhut, *ZStW* 72 (1960) pág. 267; Krauß, *Kriminologie und Strafrecht* págs. 239 ss.

criminal, y la *Sociología criminal*²⁵. La Criminología partió de la descripción de las distintas formas de manifestación del delito, dedicándose después especialmente a la investigación de sus causas (predisposición y entorno), que desembocó en el tipo penal de autor. Hoy en día, el delito es concebido sobre todo en el marco de su relación social²⁶. La Criminología actual se ocupa, además, de los métodos de sanción y tratamiento criminal, así como de su influencia sobre la persona condenada (prevención especial)²⁷. Asimismo, en la actualidad también lo hace sobre las instancias de control social (policía, fiscalía, tribunal), sobre el papel de la víctima en el origen del hecho punible y en la solución de conflictos (*Victimología*)²⁸, el comportamiento de la población en la denuncia²⁹, y el efecto de la Administración de Justicia penal sobre la conciencia jurídica de la generalidad (prevención general)³⁰.

Tras las equivocadas tendencias dirigidas a la eliminación del Derecho penal de la lucha contra el delito³¹, la aportación de factores suplementarios (*Kaiser, Göppinger, Lefrenz, Schöch*, entre otros) constituye hoy el puente hacia el principio de culpabilidad y, con ello, a la orientación de la Dogmática penal hacia el principio de responsabilidad: se hace valer la conciencia de libertad de la persona como hecho psicológico, se considera a la responsabilidad del autor como una de las bases de la convivencia de las personas y, sobre esta base, se transmite a la Ciencia del Derecho penal el material empírico requerido por ella. Así considerada, la cooperación del penalista con el criminólogo es imprescindible³², pues la Criminología suministra a aquél los conocimientos extraídos de la realidad que pueden ser necesarios para la legislación y, de esta forma, las proposiciones jurídicas que pueden ser "materialmente correctas". Le da consejos prácticos para el quehacer diario de la Administración de Justicia penal y, en especial, ofrece al juicio de pronóstico criminal³³ un importante medio de ayuda para reconocer el

²⁵ Pfeiffer/Scheerer, *Kriminalsoziologie*, 1979.

²⁶ Göppinger, *Der Täter in seinen sozialen Bezügen*, 1983.

²⁷ Vid. Sieverts, HWB Krim Tomo II págs. 1 ss.

²⁸ Sessar, *Jescheck-Festschrift Tomo II* págs. 1137 ss.; *Kaiser/Kury/Albrecht* (Edrs.), *Victims and Criminal Justice*, 3 Tomos, 1991; *Kaiser*, *Schüler-Springorum-Festschrift* pág. 3.

²⁹ Kürzinger, *Private Strafanzeige und polizeiliche Reaktion*, 1978; Voß, *MSchrKrim* 1989, pág. 34.

³⁰ H.-J. Albrecht, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* págs. 157 ss.

³¹ Sobre esta cuestión Lange, *Rätsel Kriminalität* págs. 264 ss.; *el mismo*, *ZStW* 93 (1981) págs. 151 ss.; *el mismo*, *Jescheck-Festschrift Tomo I* págs. 53 ss.; *el mismo*, *Oehler-Festschrift* págs. 671 ss.; Kürzinger, *ZStW* 86 (1974) págs. 211 ss.; *Kaiser*, *Lackner-Festschrift* págs. 1027 ss.

³² *Kaiser*, *Jescheck-Festschrift Tomo II* págs. 1035 ss.

³³ Göppinger, *Angewandte Kriminologie*, 1985; *el mismo*, *Angewandte Kriminologie-International*, 1988.

riesgo de reincidencia, para evitar efectos indeseables de la privación de libertad, para configurar eficazmente la asistencia en la suspensión condicional de la pena y para poder decidir todas las cuestiones relativas a la liberación de presos con el objetivo de la reinserción. En la Historia del Derecho penal contemporáneo hay que agradecer a la Criminología la aportación de avances significativos. El Derecho penal juvenil, la limitación de la pena privativa de libertad, la nueva estructura de la pena de multa, la sustitución y suspensión condicional de la pena, la asistencia en esta última, la reprensión con reserva de pena, las medidas de seguridad de corrección y aseguramiento, así como la reforma del Derecho penitenciario se basan en reivindicaciones que se han debido al trabajo de investigación de la Criminología. El Derecho comparado ha contribuido de modo esencial a estos avances, puesto que ha hecho accesibles las regulaciones extranjeras. Con ello, la Criminología comparada ha comenzado a poner en relación con los suyos propios, los resultados obtenidos en el extranjero acerca de la investigación de la criminalidad y de las sanciones³⁴.

2. También la Criminología está en conexión con *disciplinas cercanas* que en parte quedan incluso absorbidas por un concepto amplio de la Criminología.

a) La **Criminalística**³⁵ (así llamada por su fundador austriaco *Hans Groß*) es la técnica científica dirigida a la aclaración del delito y a la investigación de sus autores (táctica criminal, búsqueda de pistas, toma de huellas, métodos de investigación químicos, físicos y microscópicos, colaboración de la prensa, radio y la televisión en la investigación). Es utilizada especialmente por la policía criminal (Oficina Federal de Investigación Criminal, Oficinas de Investigación Criminal de los Länder, academias de policía), aunque también debería ser objeto de la formación de los jueces, fiscales y abogados.

b) La **Medicina legal**³⁶ comprueba los efectos de los ataques delictivos sobre el cuerpo humano (investigación de la muerte, hora en que sucedió y sus causas, análisis médico de las huellas, verificación de la comisión de abortos y delitos sexuales, toxicología forense) y colabora en la aclaración de accidentes de tráfico, especialmente a través de la detección de alcohol en la sangre. Misiones

³⁴ *Ferracuti*, Comparative Research in Criminology págs. 129 ss.

³⁵ Al respecto, vid. *Groß/Geerds*, Handbuch der Kriminalistik, 2 Tomos, 1977 y 1978; *Feest*, Kleines Kriminologisches Wörterbuch págs. 236 ss.; *Kube/Störzer/Timm*, (Edrs.), Kriminalistik, 2 Tomos, 1993 y 1994.

³⁶ *Mueller*, HWBKrim Tomo I págs. 274 ss.; *Eisen* (Ed.) Handwörterbuch der Rechtsmedizin, 3 Tomos, 1973; *Prokop/Göhler*, Forensische Medizin, 1976.

importantes que pertenecen al ámbito de la **psiquiatría forense** son, además, el enjuiciamiento de la imputabilidad y de la dependencia de los delincuentes al consumo de drogas y alcohol.

Primera Parte
LA LEY PENAL

1900
1901

El Derecho penal alemán no se basa en el Derecho consuetudinario sino exclusivamente en las leyes¹. El texto del StGB comienza con el principio de legalidad (§1) que también está previsto como garantía constitucional en el art. 103 II GG. De acuerdo con estos preceptos, un hecho sólo puede ser castigado cuando su punibilidad estaba determinada *legalmente* antes de que fuera cometido. La *base* de la Dogmática penal alemana es, por ello, *la Ley penal*. Todas las afirmaciones, sin excepción alguna, que son realizadas de lege lata sobre proposiciones y conceptos jurídicos del Derecho penal deben derivarse de la Ley o, como mínimo, ser compatibles con ella. También la práctica de la Administración de Justicia penal se desarrolla exclusivamente dentro del marco de las leyes. La exposición científica del Derecho penal alemán tiene que partir, pues, de la Ley penal (*nulla poena sine lege*).

Capítulo 1: Los elementos de la Ley penal

La Ley penal está compuesta, como todas las proposiciones jurídicas que no se limitan a contener una definición, por un **supuesto de hecho** (Tatbestand) y una **consecuencia jurídica** que garantiza derechos o que impone deberes. En el supuesto de hecho es descrito un determinado acontecimiento fáctico con sus características jurídicas más relevantes. Si se da cumplimiento al supuesto de hecho debe imponerse la consecuencia jurídica.

Ejemplos: Si alguien de modo doloso o imprudente lesiona contrariamente a Derecho la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, debe hacer frente a una indemnización por daños y perjuicios (§ 823 I BGB). Quien mata a una persona dolosamente es castigado por un delito de homicidio a una pena de prisión no inferior a 5 años (§ 212 I); si lo hace a título de imprudencia se le impone una pena de prisión de hasta 5 años o una pena de multa (§ 222). Mientras que

¹ Por el contrario, el Derecho penal inglés no está completamente contenido en las leyes; allí la punibilidad puede deducirse también del Derecho creado por el Juez en virtud del Common law (vid. Shaw v. Director of Public Prosecutions, [1962] Appeal Cases 220).

el homicidio imprudente da lugar tanto a una consecuencia jurídica civil como penal, los daños materiales causados por imprudencia sólo generan el deber de indemnización pero no la imposición de una pena (vid. § 303 en relación con el § 15).

La *especialidad de las proposiciones jurídico-penales* reside en que su supuesto de hecho tiene por objeto la descripción de un delito y que las consecuencias jurídicas consisten en penas o medidas de seguridad. Los conceptos penales básicos de *delito*, *pena* y *medida de seguridad* son también, por tanto, parte de la Ley penal.

§ 7 El delito

I. El delito como injusto merecedor de pena

Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbes. der Strafgesetzgebung, 1922; *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Tomo I, 1915; *Bruns*, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 1; *Günther*, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, pág. 8; *el mismo*, Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß, 1983; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973; *el mismo*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1983, pág. 553; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 19; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *His*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Parte 1, 1920; *Leférenz*, Wilhelm Gallas "Gedanken zum Begriff des Verbrechens" aus kriminologischer Sicht, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 65; *Müller-Dietz*, Strafe und Staat, 1973; *Otto*, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Delikt-kategorien? Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 53; *Paliero/Travi*, La sanzione amministrativa, 1988; *Rässner*, Strafrechtsreform durch partielle Entkriminalisierung, ZRP 1976, pág. 141; *Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Edrs.), Die Grundrechte, Tomo III, 2, 1959, pág. 909; *Vööl*, Symbolische Gesetzgebung, 1989; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2.^a Ed. 1980.

El delito es todo comportamiento humano al que el Ordenamiento jurídico amenaza con una pena. Sin embargo, una definición *formal* de esta naturaleza no señala bajo qué presupuestos materiales debe imponerse la pena, es decir, qué formas del comportamiento humano pueden ser amenazados penalmente. Dado que la Constitución (art. 2 I) garantiza la libertad general del comportamiento humano, las permisiones y prohibiciones penales únicamente pueden ser impuestas cuando la protección del Derecho, a través de la pena como máxima sanción del Estado, resulta indispensable para asegurar la convivencia de las personas en

la comunidad (**concepto material de delito**)². Limitaciones adicionales se derivan del carácter de pena estatal. Como ésta significa una disconformidad pública de una *infracción del Derecho* y consiste en la imposición *merecida* de un mal (vid. *supra* § 2 II 1), de ello se deduce que el *injusto* y la *culpabilidad* deben ser características esenciales del delito. A pesar de ello, el injusto culpable no resulta siempre castigado lo que en realidad sucede cuando no se trata de la protección inmediata de la colectividad, por lo que en tales casos el Ordenamiento jurídico o bien recurre a otros múltiples medios de reacción o, sencillamente, renuncia por completo a reaccionar.

Ejemplos: Quien de modo culpable no cumple un contrato o imprudentemente causa daños en una cosa ajena, tiene (únicamente) que hacer frente a una indemnización (injusto *jurídico-civil*). Quien ocasiona un riesgo considerable para bienes jurídicos protegidos policialmente, debe soportar como “perturbador” medidas policiales (injusto administrativo-policial). Quien como órgano estatal comete un delito internacional no se responsabiliza por lo general personalmente, sino que en su lugar el Estado debe reparar el daño ocasionado (injusto *internacional*). Quien celebra una ceremonia religiosa entre personas que no se han casado ante el Registro civil, comete una “infracción administrativa” (§ 67 PStG) sin que le pueda ser impuesta una sanción pecuniaria (injusto *sin sanción*).

a) El delito *no* se diferencia de la acción infractora del Derecho civil y del Derecho público de un modo *cualitativo*, sino que tan sólo lo hace *cuantitativamente*. La intervención del Derecho penal es promovida por una *elevada necesidad de protección* de la colectividad por lo que, en correspondencia con ello, el delito debe evidenciar un injusto y culpabilidad elevada: **el delito es un injusto merecedor de pena**. Esta aseveración es entendida de forma que la pena debe ser el único medio para proteger suficientemente el orden de la comunidad frente a ataques de esa naturaleza (necesidad de pena) (vid. *supra* § 1 I 2)³. La necesidad de pena presupone, sin embargo, el merecimiento de pena. Para este último el valor del bien jurídico protegido tiene importancia aunque no es lo único decisivo. Y así,

² Vid., en relación con lo que sigue, *Binding*, Abhandlungen Tomo I págs. 83 ss. (“un punto hasta ahora escasamente tratado”); *Sax*, Grundsätze págs. 923 ss.; *Gallas*, Beiträge págs. 6 ss.; *Günther*, JuS 1978, págs. 12 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 50 ss.; *Hegler*, ZStW 36 (1915) págs. 27 ss.; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens págs. 198 ss.; *Müller-Dietz*, Strafe und Staat págs. 46 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 28 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar 1 antes del § 1; *Zipf*, Kriminalpolitik págs. 106 ss. El texto sigue a *Gallas*, Beiträge págs. 6 ss., con el que *Leferenz*, *Gallas-Festschrift* págs. 76 ss., también está de acuerdo desde la perspectiva de la Criminología.

³ El merecimiento de pena no es, sin embargo, una categoría propia del delito junto al tipo, injusto y culpabilidad, sino que únicamente señala la razón material de la punibilidad; al respecto, *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar 13 antes del § 13; *Otto*, *Schröder-Gedächtnisschrift* pág. 68.

el “valor del bien jurídico” no puede equipararse con el valor del daño material al que se dirige el autor, sino que se trata del significado que el interés ideal menoscabado posee para la convivencia en la comunidad.

Ejemplos: El mero incumplimiento de un contrato permanece impune aún cuando la parte contratante ocasiona daños millonarios, mientras que la pequeña estafa está amenazada con pena. Y así, el interés en el cumplimiento de los contratos puede ser protegido eficazmente con otros medios que no son penales (ej. deber de indemnizar daños y perjuicios, cláusulas penales contractuales). En cambio, la confianza en la corrección de las afirmaciones de hechos en el tráfico jurídico privado no puede protegerse únicamente con los medios del Derecho civil, de un lado por la irrenunciabilidad de su funcionamiento y, de otro, por la clandestinidad del daño.

b) Sólo unos cuantos bienes jurídicos como la vida o la integridad corporal son protegidos con la amenaza penal frente a cualquier clase de ataque a causa de su especial y alto valor. Sin embargo, con carácter general, tal y como evidencia el ejemplo de la estafa, para el merecimiento de pena al valor del bien jurídico protegido debe añadirse la especial peligrosidad del ataque que es el que da lugar a una mayor necesidad de protección de la comunidad. En el modo y forma de ataque del objeto de la acción reside el **desvalor de acción** del hecho⁴.

c) En algunos tipos penales debe añadirse un grado especial de *reprochabilidad de la disposición interna del autor*, que se expresa a través del desprecio a valores fundamentales de la convivencia social (**desvalor de la disposición interna**). El autor sólo merece en estos casos una grave reprobación moral por medio de la pena criminal, cuando su hecho se basa en una convicción jurídica en gran medida reprobable que se expresa a través del desprecio al bien jurídico afectado y a los intereses de la víctima⁵.

Ejemplos: Los daños materiales imprudentes son impunes, incluso aunque alcancen un alto valor y sean infligidos, como a veces sucede en el tráfico vial, de un modo temerario. Sin embargo, cuando ocurre una infracción de tráfico grave, desconsideración y una peligrosa transgresión de la seguridad vial, para la punibilidad del comportamiento basta una simple *puesta en peligro* imprudente de una cosa ajena que posea un valor significativo (§ 315 c I núm. 2, III).

Dado que el merecimiento de pena depende de tres variables (valor del bien jurídico, peligrosidad del ataque y reprochabilidad de la disposición interna del autor), el ámbito de lo punible varía de unos Ordenamientos y de unas épocas

⁴ Acerca del concepto de desvalor de acción como “unidad de las características objetivas y subjetivas” Gallas, Bockelmann-Festschrift págs. 156 ss.

⁵ Destacando la especial gravedad de la perturbación social, resumidamente, Günther, Strafrechtswidrigkeit pág. 238 y Hillenkamp, Vorsatztat págs. 174 ss.

a otras. En las Ordenanzas policiales imperiales del siglo XVI estaba castigada la simple relación sexual extramatrimonial, mientras que el Derecho penal liberal en los delitos sexuales únicamente interviene si son lesionados o puestos en peligro especiales bienes jurídicos (ej. la libertad de autodeterminación sexual, protección de la juventud o el orden público). En Francia el incesto no está castigado mientras que en Alemania se sanciona con pena de prisión (§ 173). En el primer país la estafa exige maniobras fraudulentas (art. 313-1 Cp 1994), mientras que de acuerdo con el Derecho alemán basta el simple engaño (§ 263). A pesar de los cambios históricos y de todas las diferencias existentes entre países, hay un considerable número de delitos como el homicidio doloso, el hurto, la violación o el incendio que son castigados siempre y en cualquier lugar, debido a que la concepción valorativa y la necesidad de protección de la colectividad no muestra diferencia alguna. La decisión legislativa a través de la cual una acción determinada es penada, lleva consigo trascendentales consecuencias: la amenaza penal impregna la conciencia jurídica de la colectividad (vid., por ejemplo, las ordenanzas de paz territorial de la Edad Media como límite a las contiendas entre señores feudales o la venganza personal o de sangre⁶), pero también perjudica cuando las previsiones legales son impuestas o mantenidas sin tener el respaldo de la conciencia jurídica del pueblo y, por ello, en la práctica no pueden ser aplicadas (como muchas disposiciones del tráfico viario). En estos casos se habla también de "legislación simbólica"⁷.

2. La **magnitud de la amenaza penal** depende de los mismos puntos de vista, sólo que aquí el *valor del bien jurídico protegido* destaca con una mayor fuerza como escala de graduación. Decisivo es también el alcance en el menoscabo del objeto de la acción (lesión o puesta en peligro), la peligrosidad del medio que el autor ha empleado y el grado de reprochabilidad de la disposición interna del autor (dolo o imprudencia, móviles del hecho)⁸.

Ejemplos: El homicidio se castiga más gravemente que el daño material. La tentativa es, con carácter general, menos merecedora de pena que la consumación ya que la lesión del objeto de la acción no ha tenido lugar, y porque en la tentativa inidónea ni siquiera podía tener lugar su puesta en peligro. Pero a pesar de ello, este "minus" puede ser compensado en el caso concreto con la peligrosidad de la forma comisiva o la especial reprochabilidad de la disposición interna del autor (de ahí que, según el § 23 II, la

⁶ Al respecto *His*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Parte I págs. 217 ss.

⁷ Vid. *Hassemer*, NStZ 1989, pág. 533; *Voß*, Symbolische Gesetzgebung, 1989.

⁸ La totalidad de estas características es designada por *Grünhut*, Methodische Grundlagen págs. 9 ss., con el concepto de "contenido criminal".

atenuación sea facultativa). El asesinato (§ 211), el homicidio (§ 212), el homicidio a petición (§ 216) o el homicidio de niños (§ 217)⁹, cuyas penas están fuertemente graduadas, no se diferencian según el valor del bien jurídico protegido, sino por el grado de la peligrosidad del ataque y de la reprochabilidad de la disposición interna del autor. El dolo y la imprudencia son ya claramente diferenciables el uno del otro en la amenaza penal a causa de su distinto contenido de injusto y de culpabilidad (vid. § 212 y § 222).

II. El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal

H.-J. Albrecht/Heine/Meinberg, Umweltschutz durch Strafrecht? ZStW 96 (1984) pág. 943; Engisch, Die Relativität der Rechtsbegriffe, Deutsche Landesreferate zum V. Internat. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1958, pág. 59; Arthur Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, Festschrift für H. Henkel, 1974, págs. 89 ss.; *el mismo*, Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976; Küper, Die "Sache mit den Tieren", JZ 1993, pág. 435; Maiwald, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 9; Schubarth, Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht, ZStW 92 (1980) pág. 80; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; Tiedemann, Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, JZ 1986, pág. 865; Vogler, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW 90 (1978) pág. 132; E. Wolf, Der Sachbegriff im Strafrecht, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 44.

1. El Derecho penal posee, según una conocida expresión de *Binding*, un **carácter fragmentario**¹⁰. Este último no contiene un sistema comprensivo de la protección de bienes jurídicos, sino que la limita en cada caso de acuerdo con la elección del difícil criterio del "merecimiento de pena" (vid. *supra* § 7 I 1 a). Mientras que *Binding* reparó en esta autolimitación del legislador como la "gran carencia de su obra", en la actualidad la limitación de la punibilidad a acciones que por su peligrosidad y reprochabilidad merecen y exigen inequívocamente la reprobación de la pena pública en interés de la protección de la sociedad, aparece como preferencia y característica del Estado liberal de Derecho¹¹ (vid. *supra* § 1 I 2). El carácter fragmentario del Derecho penal ha sido subrayado

⁹ Debe tenerse en cuenta que este precepto se encuentra, en la actualidad, derogado (N del T).

¹⁰ *Binding*, Lehrbuch Bes. Teil págs. 20 ss.

¹¹ Vid. *Maiwald*, Maurach-Festschrift pág. 22. Más allá del carácter fragmentario va el principio de subsidiariedad, a través del cual se pone énfasis no sólo en la faceta liberal, sino también la social del Estado de Derecho; significa que el Derecho penal debe ser considerado, ante todo, como "ultima ratio" del control social. Vid. al respecto *Arthur Kaufmann*, Henkel-Festschrift págs. 103 ss.; *el mismo*, Tendenzen págs. 39 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 2/26 ss.

fuertemente a través de la tendencia descriminalizadora¹². También hay, sin embargo, un movimiento que camina en una dirección contraria. Ejemplos de ello son la Ley de Protección de Embriones (1990), el Derecho penal económico (§§ 263 a 264 a, 265 b, 266 a y b, 261) y el Derecho penal medioambiental (§§ 324 ss.)¹³.

2. *Binding*¹⁴ también ha caracterizado al Derecho penal en su cualidad de Derecho protector como una “**parte accesorio del Derecho**”. Esta palabra contiene en realidad la indicación correcta para la plenitud de los bienes jurídicos que “se encuentran dispersos en todos los ámbitos del Derecho”, aunque con ella no puede malinterpretarse la idea de que el Derecho penal tan sólo vendría a asegurar simplemente por medio de normas de prohibición un Ordenamiento jurídico previamente suministrado. El Derecho penal es, más bien, la forma históricamente más antigua de manifestación del Derecho, y todavía hoy regula extensos ámbitos, como la protección de la vida, la libertad, el honor o las costumbres sexuales, de una forma autónoma y sin recurrir a los conceptos y funciones de otros sectores del Derecho.

Y así, en Derecho civil la capacidad jurídica de la persona comienza con el nacimiento (§ 1 BGB), mientras que la protección penal (§§ 222, 230) lo hace desde su comienzo (vid. § 217)¹⁵, debido a que el niño durante el curso del nacimiento está especialmente indefenso. Por otro lado, sin embargo, el Derecho penal debe asumir también conceptos jurídicos y un complejo de normas de otras parcelas del Derecho para poder cumplir con su función de protección. Esto sucede especialmente en Derecho penal especial en el que a menudo las disposiciones penales son articuladas como normas penales en blanco dependientes de la regulación de un determinado ámbito material (vid., por ejemplo, § 21 GJS en relación con los §§ 3-6 GJS). Pero también el StGB asume parcialmente conceptos jurídicos del Derecho civil [vgr. “cónyuge” en el § 11 I núm. 1 a) o “matrimonio” en el § 171] que, desde luego, no siempre poseen el mismo significado que allí¹⁶. De este modo, el concepto de propiedad y su completo significado en Derecho civil (propiedad fiduciaria o en garantía y reserva de dominio) se ha introducido en los tipos penales de

¹² Vogler, ZStW 90 (1978) págs. 132 ss.; Rössner, ZRP 1976, pág. 141 (en relación con el hurto de comercios y la jurisdicción comercial). Acerca de los límites constitucionales de la descriminalización vid. BVerfGE 39, 1 (44 ss.).

¹³ Sobre el Derecho penal económico Tiedemann, JZ 1986, págs. 865 ss.; Schubarth, ZStW 92 (1980) págs. 80 ss. Sobre el Derecho penal medioambiental H.-J. Albrecht/Heinel/Meinberg, ZStW 96 (1984) págs. 943 ss.

¹⁴ Binding, Handbuch págs. 9 ss.; vid. también Beling, Methodik págs. 29 ss.

¹⁵ Vid. nota a pie núm. 9 (N del T).

¹⁶ Engisch, Relativität pág. 69. En torno al diferente concepto de “cosa” en Derecho civil y penal Küper, JZ 1993, 435.

los delitos contra la propiedad (§§ 242, 246, 249), mientras que el concepto jurídico de patrimonio en Derecho penal (por ejemplo, §§ 263, 266) fue sustituido por el de carácter económico (BGH 2, 364 [365]). Otros conceptos son definidos por la rama punitiva de modo autónomo, como por ejemplo el de “funcionario público” (§ 11 I núm. 2), con lo que el concepto de “funciones de la Administración pública” (§ 11 I núm. 2c) encierra también la función estatal no soberana de asistencia vital¹⁷ (BGH 31, 264 [268]).

La dependencia del Derecho penal de otras ramas del Derecho y su conceptualización no puede ser válida, pues, como regla general, sino que más bien depende de las respectivas circunstancias. En todo caso, los conceptos jurídico-penales deben estar dirigidos a la finalidad de protección de la correspondiente proposición jurídico-penal¹⁸.

III. Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor

Bockelmann, Studien zum Täterstrafrecht, Parte I, 1939, Parte II, 1940; *el mismo*, Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken? Materialien, Tomo I, 1954, pág. 29; *Dahm*, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940; *Engisch*, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942) pág. 166; *Grünhut*, Gefährlichkeit als Schuldmoment, MSchrKrim 1926, Beiheft 1-3 (Festschrift für G. Aschaffenburg) pág. 89; *Kollmann*, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem, 1908; *Lange*, Täterschuld und Todesstrafe, ZStW 62 (1944) pág. 175; *Mezger*, Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 (1938) pág. 675; *Müller-Emmert/Friedrich*, Die kriminalpolitischen Grundzüge des neuen Strafrechts, JZ 1969, pág. 245; *Tesar*, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1904; *E. Wolf*, Vom Wesen des Täters, 1932; *el mismo*, Tattypus und Tätertypus, ZAK 1936, pág. 358; *Zimmerl*, Der Aufbau des Strafrechtssystems, 1930.

1. El delito se muestra para el mundo exterior como un *hecho cometido*. Aquél es siempre, sin embargo, la obra de una persona, del *autor*, y con ello un suceso caracterizador en el futuro de su manera de ser y potencial delictivo. Para el legislador se plantea la cuestión de si la punibilidad debe ser fijada según las características del hecho o si hay que extraerla de la descripción de las formas de vida (tipos de autor)¹⁹. Ambas posibilidades de la técnica legislativa son imaginables en teoría. En el sistema del **Derecho penal del hecho** la pena se anuda al hecho antijurídico; pero lo decisivo para la punibilidad es, ante todo, el reproche que se

¹⁷ Vid. *Bruns*, Befreiung des Strafrechts págs. 233 ss.

¹⁸ *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung pág. 22; *E. Wolf*, RG-Festgabe págs. 51 ss.

¹⁹ *Zimmerl*, Aufbau pág. 5; *E. Wolf*, ZAK 1936, págs. 359 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 183 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 103 ss.

realiza al autor a causa de la comisión de un hecho determinado en sus caracteres esenciales ("culpabilidad por el hecho"). En el sistema del **Derecho penal de autor**, por el contrario, la pena se asocia de modo inmediato a la peligrosidad del autor, por lo que para la justificación de la sanción aquélla debe ser atribuible a la "culpabilidad por el modo de vida"²⁰. Aquí lo decisivo es el reproche dirigido al autor por haber adquirido una personalidad delictiva (acerca de la culpabilidad por el modo de vida *infra* § 38 IV 1 y 2).

Tanto científica como legislativamente, nunca ha sido intentada la construcción de un Derecho penal de autor consecuente. *Franz v. Liszt* ha desarrollado ciertamente una conocida teoría del tipo penal de autor pero, por motivos derivados del Estado de Derecho, también aferrada al Derecho penal del hecho ("la Ley penal es la *Carta Magna* del delincuente"). También la concepción sintomática del delito llegó a consecuencias especiales para la determinación de la pena tan sólo aplicables en el marco del Derecho penal del hecho²¹. Asimismo, en la investigación de esta problemática para la preparación de la reforma del Derecho penal, *Bockelmann* se atuvo al Derecho penal del hecho²². Finalmente, el "tipo de autor normativo" de *Dahm*²³ pudo servir tanto para la interpretación restrictiva de los tipos excesivamente amplios del Derecho penal de la guerra, como también para los fines del Derecho penal de la disposición personal del autor.

2. El Derecho penal alemán vigente es un **Derecho penal del hecho**, aunque tiene en cuenta la personalidad del autor en el marco de la determinación de la pena de los tipos delictivos que se configuran siempre como tipos de acción (así, el § 46 II menciona diversas características del autor). En el Derecho vigente ya no existen verdaderos ejemplos que supongan un castigo del autor. Un indicio de estos supuestos puede encontrarse todavía en los casos de profesionalidad, dedicación ordinaria al comercio y habitualidad (ej. §§ 144, 243 I núm. 3, 260, 260 a, 292 III, 302 a II 2 núm. 2). La peligrosidad del autor es tratada, en la medida en que no pueda ser abarcada por la pena, con medidas de seguridad de corrección y aseguramiento cuyo significado, no obstante, está limitado (vid. *supra* § 5 V 2). Un puro Derecho penal de autor debería fracasar en la práctica pues, de un lado, ninguna finalidad preventivo-especial puede renunciar en un Estado de Derecho a firmes tipos penales que describen hechos cuya realización sirve para medir la

²⁰ A menudo es intentado un nexo de unión entre la peligrosidad y la culpabilidad: vid. *Grünhut*, *MschrKrim* 1926, suplemento 1-3 pág. 89; *Mezger*, *ZStW* 61 (1942) págs. 170 ss.; *Lange*, *ZStW* 62 (1944) pág. 203.

²¹ *Tesar*, *Die symptomatische Bedeutung* pág. 264; *Kollmann*, *Handlungsbegriff* págs. 210 ss.

²² *Bockelmann*, *Materialen* Tomo I págs. 30 ss.

²³ *Dahm*, *Tätertyp* pág. 21.

peligrosidad del autor; y, de otro, porque no cabe la menor duda de que los tipos penales también deben abarcar atípicas personalidades de autor²⁴.

Ejemplo: Para comprobar lo afirmado no hace falta retroceder hasta los santos Crispinus y Crispinianus que de acuerdo con una posteriormente malentendida tradición habían robado cuero para confeccionar zapatos para los pobres, sino que únicamente debe recordarse la delincuencia ocasional en tiempos de inflación y de posguerra (vid. *supra* § 5 II).

IV. La clasificación de las acciones punibles

Engisch, Die neue Rechtsprechung zur Trichotomie der Straftaten, SJZ 1948, 660; *el mismo*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2.^a Ed., 1968; *Heinitz*, Empfiehlt sich die Dreiteilung der Straftaten auch für ein neues StGB? Materialien, Tomo I, 1954, pág. 55; *Imhof*, Die Einteilung der strafbaren Handlungen, Materialien Tomo II, 1, 1955 pág. 1; *Krümpelmann*, die Bagatelldelikte, 1966; *Mattes*, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Vol. 1.º, 1977; *Stöckl*, Theorienstreit über die Dreiteilung der Straftaten, GA 1971, 236.

1. El Código penal ha sustituido la tripartición con origen en el Código penal francés de 1810 (art. 1) en delitos graves, menos graves y faltas (*Übertretungen*)²⁵, por la bipartición entre **delitos graves** (*Verbrechen*) y **menos graves** (*Vergehen*) que es la definitiva (BGH 28, 95). Las faltas, como tipos residuales del anterior Derecho penal policial²⁶, fueron derogadas como tales a través del art. 19 núm. 206 EGStGB y convertidas en parte en infracciones administrativas. A pesar de la desaparición de la pena de presidio como una de las sanciones tradicionales para los delitos graves, fue mantenida la bipartición de las acciones punibles en delitos graves y menos graves (§ 12), a pesar de que también fue exigida de modo reiterado la renuncia a cualquier clase de distinción²⁷. La bipartición comporta una clasificación de las acciones punibles según el alcance de su gravedad y, con ello, del grado de merecimiento de pena que expresan. Como criterio de clasificación la distinción posee significado para el Derecho penal material (§§ 23 I, 30, 45 I, 241), para el Derecho procesal penal (§§ 140 I núm. 2, 153, 153 a, 407

²⁴ *Bockelmann*, Materialien Tomo I, pág. 37.

²⁵ Sobre su historia vid. *Heinitz*, Materialien Tomo I pág. 55; acerca del Derecho extranjero *Imhof*, Materialien Tomo II, 1, págs. 1 ss.

²⁶ Vid acerca de esto *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte págs. 149 ss.; *Mattes*, Ordnungswidrigkeiten, Vol. 1.º págs. 94 ss.

²⁷ Vid. *Stöckl*, GA 1971, 242 con numerosa documentación. A favor de su conservación, con razón, *Schönke/Schröder/Eser*, § 12 núm. 3.

StPO) y para la competencia material de los Tribunales (§§ 25, 74 GVG). Por el contrario, las infracciones administrativas (vid. *infra* § 7 V) no son bajo ningún concepto hechos punibles (BGH 28, 94).

2. La inclusión de una disposición penal en la categoría de los delitos graves o menos graves se realiza según la magnitud de la pena principal. Las penas accesorias (§ 44), las consecuencias accesorias (§ 45) y las medidas de seguridad (§ 11 I núm. 8) carecen de significado al respecto. Lo decisivo no es la pena aplicable al caso específico (la denominada consideración concreta) (KG DRZ 1947, 99), sino la pena con la que la correspondiente forma de delito se encuentra amenazada (**consideración abstracta**) (BGH 2, 393). La clasificación se lleva a cabo según la cuantía mínima de la pena prevista: siendo esta última de un año de prisión o superior estaremos en presencia de un delito grave (*Verbrechen*) (§ 12 I), mientras que si la pena señalada es inferior al año de prisión o se previene una multa lo estaremos ante un delito menos grave (*Vergehen*) (§ 12 II).

3. Las modificaciones del marco penal previsto a través de las disposiciones de la Parte General (§ 49 I núm. 3, II, al que el StGB a menudo se remite) o a través de supuestos de mayor o menor gravedad, no son considerados a estos efectos (§ 12 III) ya que pueden conducir a resultados demasiado formalistas²⁸.

Ejemplos: Si una pena de prisión, a causa de un robo cometido en grado de tentativa según los §§ 249, 23 II, 49 I núm. 3, se le señala una cuantía inferior al año, el hecho queda calificado igualmente como delito grave, del mismo modo que si ello ocurriera sobre la base de admitir los supuestos de menor gravedad del § 249 II. Del mismo modo, permanece como un delito menos grave (BGH 2, 181) el caso especialmente cualificado del maltrato de personas sujetas a custodia (§ 223 b II)²⁹, mientras que el supuesto de menor gravedad del homicidio (§ 213) es considerado delito grave (BGH 8, 78 [80]) incluso ante la existencia de la determinación obligatoria de la pena por obrar el autor por impulsos de ira³⁰, todo ello a pesar de que para el primer caso en el § 223 b II se impone la pena mínima de un año de prisión³¹ y de que para el segundo en el § 213 tan sólo se previene la de seis meses de prisión.

Pero la clasificación tampoco cambia cuando el supuesto especialmente grave se explica a través de ejemplos válidos con carácter general y se acepta la presen-

²⁸ A favor de la denominada consideración especializadora que se anuda a las distintas valoraciones del tipo, *Engisch*, SJZ 1948, 660; *el mismo*, Konkretisierung págs. 50 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 140; *Jakobs*, Allg. Teil 6/106.

²⁹ La remisión debe entenderse hecha actualmente al § 225 StGB (N del T).

³⁰ De una opinión diferente, *Bockelmann*, Bes. Teil pág. 15.

³¹ Vid. nota a pie núm. 29 (N del T).

cia de uno de ellos (como quizás ocurre con el abuso sexual de niños de acuerdo con el § 176 III 2) (BT-Drucksache V/4094 pág. 4). Lo mismo sucede, incluso, cuando el ejemplo está configurado de tal modo que ante su apreciación debe ser admitido un caso especialmente grave, porque aquí sólo se trata de la aclaración, aunque obligada, de una causa de agravación innominada de la pena (BGH 20, 184 y 32 293 [294] en relación con el § 241 a IV)³².

4. Tiene lugar un cambio en la calificación cuando el legislador ha creado un nuevo tipo modificado o autónomo con otro límite mínimo de la pena (cualificados, privilegiados o delitos especiales).

Ejemplos: Los tipos cualificados de las lesiones corporales (§§ 224-226) son delitos graves, el homicidio a petición es, por el contrario, un tipo privilegiado del homicidio menos grave. El hurto asimilado al robo (§ 252, räuberischer Diebstahl) al configurarse como un tipo autónomo es, frente al hurto (§ 242), un delito grave.

V. Delitos e infracciones administrativas

Bohnert, Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts, Jura 1984, pág. 11; *Coeppicus*, Wider das OWiG, DRiZ 1982, pág. 366; *el mismo*, Eine Bilanz des OWiG 1968, DAR 1985, pág. 97; *Cramer*, OWiG-Reform auf dem Holzweg? DAR 1981, pág. 269; *el mismo*, Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nach § 9 OWiG, NJW 1969, pág. 1928; *el mismo*, Nochmals: Zum Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970, pág. 1114; *el mismo*, Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; *Dreher*, Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970, págs. 217 y 1116; *el mismo*, Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1971, pág. 121; *Figueiredo Dias*, Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 79; *Frank*, Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt, ZStW 18 (1898) pág. 733; *Göhler*, Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, pág. 583; *el mismo*, Die Reformvorschläge für das Bußgeldverfahren, DAR 1981, pág. 333; *J. Goldschmidt*, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; *el mismo*, Deliktso-bligationen des Verwaltungsrechts, Mitt IKV, Tomo 12 (1905) págs. 127 ss.; *Günther*, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten usw., en: Nörr (Ed.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland, 1990, pág. 325; *Hirsch*, Zur Behandlung der Bagatellkriminalität usw. ZStW 92 (1980) pág. 218; *Janiszewski/Buddendiek*, Verwarnungs-und Bußgeldkatalog mit Punktsystem, 5.^a Ed. 1993; *Jescheck*, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, pág. 457; *el mismo*, Grenzen der Rechtsgewährung, DRiZ 1983, pág. 383; *el mismo*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 98 (1986) pág. 1; *Kienapfel*, "Beteiligung" und "Teilnahme", NJW 1970, pág. 1826; *el mismo*, Erscheinungsformen

³² *Dreher/Tröndle*, § 12 núm. 11.

der Einheitstäterschaft, en: *Müller-Dietz* (Ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, pág. 21; *Krümpelmann*, *Die Bagatelldelikte*, 1966; *Kunz*, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip*, 1984; *Lange*, *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, JZ 1956, pág. 73; *el mismo*, *Die Magna Charta der anständigen Leute*, JZ 1956, pág. 519; *el mismo*, *Nur eine Ordnungswidrigkeit?* JZ 1957, pág. 233; *Mattes*, *Zur Problematik der Umwandlung der Verkehrsübertretungen in Ordnungswidrigkeiten*, ZStW 82 (1970) pág. 25; *el mismo*, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Vol 1 1977, Vol. 2 1982 (terminado por *Herta Mattes*); *Michels*, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung*, 1963; *Paliero*, *Minima non curat praetor*, 1985; *Rebmann/Roth/Herrmann*, *Kommentar zum OWiG*, 2.^a Ed. 1992; *Rotberg*, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 5.^a Ed. 1975; *Eb. Schmidt*, *Probleme des Wirtschaftsstrafrechts*, SJZ 1948, 225; *el mismo*, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, 1950; *el mismo*, *Das Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts*, SJZ 1949, 665; *el mismo*, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, Festschrift für Adolf Arndt, 1969, pág. 415; *Schmitt*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1970; *Schumann*, *Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG*, 1979; *Tiedemann*, *Verwaltungsstrafrecht und Rechtsstaat*, ÖJZ 1972, pág. 285; *el mismo*, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976; *el mismo*, *Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, NJW 1988, pág. 1169; *Welp*, *Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht*, VOR 1972, pág. 299; *Weber*, *Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt*, ZStW 90 (1982) pág. 313; *E. Wolf*, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, Festgabe für R. v. Frank, Tomo II, 1930, pág. 516.

1. En el año 1945, junto a los delitos graves, menos graves y faltas, fue introducida una cuarta categoría de transgresiones que están castigadas con una sanción estatal represiva: las **infracciones administrativas**³³. Estas últimas recogen el antiguo Derecho penal administrativo en sentido amplio haciéndolo compatible con las exigencias del Estado de Derecho. La distinción entre el Derecho penal criminal y el Derecho penal policial o administrativo era ya conocida en el Derecho territorial común prusiano de 1794, aunque no fue asumida en el StGB de 1871. En lugar de ello fue creada en el texto punitivo la parte correspondiente a las faltas (§§ 360-370 en su redacción antigua) que contenía al Derecho penal criminal de bagatela. El pensamiento dirigido a extraer nuevamente del Derecho penal criminal los tipos de las faltas, por carecer éstas de un verdadero merecimiento de pena, se encuentra ya en todos los proyectos de Código penal desde el año 1911. Debido a las necesidades propias de la época, desde la crisis del año 1931 se desarrolló un Derecho penal administrativo en el ámbito de la economía de unas dimensiones cada vez mayores, lo que trajo consigo la aceptación de una ampliación de la impronta autoritaria del Estado³⁴. Para su disolución fue aprobada la Ley penal económica de 1949 (GBI. de la administración de la zona económica común pág.

³³ Con detenimiento acerca de su historia *KK OWiG (Bohnert)* Einleitung núms. 4 ss.

³⁴ *Eb. Schmidt*, SJZ 1948, págs. 227 ss.; *Bohnert*, Jura 1984, págs. 15 ss.

193), a cuya configuración moderna y adecuación al Estado de Derecho ha contribuido considerablemente la Ciencia del Derecho penal administrativo³⁵. Su finalidad fue la de trasvasar a la Administración los delitos de bagatela delimitados materialmente (§ 6 WiStG 1949) para evitar su sanción criminal y, al mismo tiempo, descargar de trabajo a los Tribunales. Con la OWiG de 1952 fue creada la Ley especializada comprensiva de todos los sectores, que ha hecho posible la separación definitiva de las infracciones administrativas del Derecho penal criminal³⁶. El número de leyes federales que contienen infracciones administrativas junto con o en lugar de las disposiciones penales crece permanentemente. El mismo desarrollo tiene lugar en el Derecho territorial de los Länder. La OWiG de 1968 ha traído consigo mejoras esenciales sobre todo en relación con el procedimiento³⁷. El Derecho administrativo sancionador es considerado como una parte del Derecho penal en sentido amplio, de modo que la competencia para su legislación corresponde al Estado Federal tal y como se deduce del art. 74 núm. 1 GG (BVerfGE 27, 18 [32 ss.]). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado aplicable el art. 6 MRK, referido al procedimiento en causas penales, a los procesos judiciales en los que se ventilan infracciones administrativas (NJW 1985, pág. 1273, Caso Öztürk). Tras la transformación de las infracciones de tráfico en infracciones administrativas en el año 1968 (vid. § 49 StVO; § 69 StVZO), la completa desaparición de las faltas por el art. 19 núm. 206 de la EGStGB ha conducido a que fueran introducidas en la OWiG importantes disposiciones del anterior Título 29 del texto punitivo, como por ejemplo el suministro de nombre falso (§ 360 en su antigua redacción) recogido ahora en el § 111 OWiG, o la producción de ruido perturbador de la tranquilidad (§ 360 núm. 11 en su antigua redacción) previsto ahora en los §§ 117, 118 OWiG. También determinados delitos menos graves pasaron entonces a convertirse en infracciones administrativas, como por ejemplo la lesión del orden en un órgano legislativo (§ 106 b en su anterior redacción) recogido ahora en el § 112 OWiG. Una importante disposición acerca de la infracción del deber de vigilancia en establecimientos y empresas se contiene en el § 130 OWiG³⁸.

³⁵ El mérito principal corresponde a *Eb. Schmidt*, vid. *Wirtschaftsstrafrecht* págs. 21 ss. y *SJZ* 1949, págs. 665 ss.; continuando con las obras de *Frank*, *ZStW* 18 (1898), págs. 742 ss.; *J. Goldschmidt*, *Verwaltungsstrafrecht*, 1902 y *Deliktobligationen*, 1905 y *E. Wolf*, *Frank-Festgabe* Tomo II, págs. 516 ss. En relación con los continuadores *Jakobs*, *Allg. Teil* 3/3 ss.

³⁶ Detalladamente en relación con la historia y Derecho comparado *Mattes*, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Vol. 1.º 1977, en relación con el Derecho vigente Vol. 2.º 1982.

³⁷ Vid. con más detalle *Göhler*, *JZ* 1968, págs. 583 ss.; *el mismo*, *OWiG*, *Einleitung* núms. 12 ss.; *Rotberg*, *OWiG* págs. 43 ss. En cuanto a la reforma vid. *Göhler*, *DAR* 1981, págs. 333 ss.; crítico con la misma *Cramer*, *DAR* 1981, págs. 269 ss.; *Bohnert*, *Jura* 1984, págs. 20 ss.; *Coeppicus*, *DAR* 1985, pág. 97.

³⁸ Una visión crítica de la OWiG la suministra *Günther*, *Ordnungswidrigkeiten* págs. 325 ss.

2. A pesar de la introducción de las infracciones administrativas, en el caso concreto también puede ser realizado un **injusto de bagatela**³⁹ con ocasión de la comisión de un delito menos grave. En delitos leves contra la propiedad o el patrimonio (por ejemplo, para el caso de hurto de un paquete de cigarrillos en un autoservicio) se requiere la denuncia del ofendido como presupuesto para su perseguibilidad (vgr. §§ 248 a, 263 IV, 265 a III, 266 III). Pero sobre todo, el Derecho procesal penal proporciona la posibilidad de no persecución del hecho en causas de bagatela (§ 153 StPO), y conoce además la retirada provisional de la acusación o el archivo cautelar del proceso a cambio del cumplimiento de algunas condiciones o instrucciones, sobre la base de una resolución de la fiscalía o del Tribunal, respectivamente, siempre que una u otro esté respaldadas por la conformidad del acusado (§ 153 a StPO) (vid. *supra* § 5 V 3).

3. Una infracción administrativa es una acción típica, antijurídica y reprochable castigada con una sanción pecuniaria (*Geldbuße*) (§ 1 I OWiG). Sin embargo, esta definición formal nada dice acerca de en qué casos el legislador puede y debe, o no, amenazar con una multa administrativa, con una pena criminal o no sancionar en absoluto, comportamientos antijurídicos. La cuestión relativa a la **definición material de la infracción administrativa** ha encontrado respuestas diferentes.

a) Se han aceptado diversas formas de diferenciación *cualitativa* entre el delito y la infracción administrativa: la segunda afectaría sólo a intereses administrativos, pero no a bienes jurídicos (*Goldschmidt, Maurach*); no tiene por consecuencia un daño individual o cultural, sino un daño social específico (*E. Wolff*); la infracción administrativa se agota en la mera desobediencia y no está sujeta a ningún juicio de desvalor *ético* (BGH 11, 263 [264]). Pero, de otro lado, también fue defendido que entre el delito y la infracción administrativa existe una mera graduación *cuantitativa*: la infracción administrativa revelaría un injusto inferior al delito (BVerfGE 8, 197 [207]; 22, 49 [78 ss.]). No obstante, ninguno de estos criterios es adecuado para todas las infracciones administrativas que entretanto ha elaborado el legislador. Y es que como infracciones administrativas no sólo han sido incluidos casos de desobediencia administrativa, sino también numerosos delitos de peligro abstracto y a decir verdad aún cuando se trata de disposiciones dirigidas a la protección de la vida y la salud (vid. § 49 StVO; § 69 a StVZO). Además, han sido acogidos tipos en los que se sancionan conductas subrepticias enclavadas en el ámbito de la estafa y que, por ello, no evidencian una menor relevancia ética que el fraude de subvenciones previsto en el § 264 (vid., por ejemplo, § 33 IV núm. 1 AWG).

³⁹ En relación con su concepto vid. *Krümpelmann*, Bagatelldelikte págs. 62 ss. Acerca de las distintas posibilidades para su solución *Hirsch*, ZStW 92 (1980) págs. 236 ss. Proponiendo una disposición general para supuestos de bagatela bajo la denominación de "delito leve", *Kunz*, Bagatellprinzip, pág. 339. Una visión de Derecho comparado es suministrada por *Paliero*, Minima non curat praetor págs. 405 ss.

b) Para la diferenciación debe partirse de los criterios de merecimiento de pena de un hecho (vid. *supra* § 7 I 1). La infracción administrativa coincide con el delito en que muestran un grado tan considerable de **peligrosidad** del ataque al bien jurídico protegido o al interés administrativo, que sólo es adecuada una sanción represiva del Estado para la protección del orden público, diferenciándose en este punto del mero incumplimiento contractual y de la mera infracción administrativo-policial. Por otra parte, su grado de peligrosidad es, por regla general, notablemente inferior al del delito. También el alcance en el menoscabo del objeto de la acción tutelado es en la mayoría de las ocasiones inferior. Lo que también diferencia con mucho a la infracción administrativa del delito, es la **falta de aquel alto grado de reprochabilidad** de la disposición del autor, cuya presencia justifica el grave juicio de desvalor ético-social que supone la pena criminal. En la configuración de la sanción pecuniaria de la infracción administrativa únicamente es reconocible un “aleccionamiento”, una “orden administrativa agravada”, una “especial advertencia de deber”, puesto que el hecho no ha alcanzado la frontera del comportamiento socialmente insoportable⁴⁰. Con ello, de ningún modo se ha afirmado que las normas en cuanto a su protección “no contienen bien jurídico alguno”. Precisamente bajo el moderno Estado del bienestar no puede hablarse de que la actividad reglada de la Administración o que la seguridad del tráfico vial puedan ser extraídos del círculo de bienes jurídicos protegidos, o que los deberes del ciudadano frente a la Administración u otros de los usuarios del tráfico vial no sean verdaderos deberes jurídicos. Tampoco las infracciones administrativas son “negligencias carentes de contenido ético-social”⁴¹. Y es que como se trata de una diferencia de grado y no de una distinción esencial (BVerfGE 51, 60 [74]), es explicable que el legislador, fuera de la zona nuclear reservada al Derecho penal, pueda decidir de acuerdo con puntos de vista pragmáticos en qué parte del Derecho sancionador hay que incluir una acción transgresora o si, sencillamente, ésta debe quedar sin sanción represiva alguna⁴². No obstante, a través de una visión

⁴⁰ Vid. Tiedemann, ÖJZ 1972, pág. 290.; Göhler, nota preliminar núm. 5, antes del § 1 OWiG; Rotberg, OWiG págs. 46 ss.

⁴¹ Más detalladamente al respecto, Jescheck, JZ 1959, 461.

⁴² La cuestión de una diferencia cualitativa entre el delito y la infracción administrativa ha quedado expuesta como algo discutido, aunque en el texto se ha defendido de modo predominante la distinción cuantitativa; vid. Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 40; Göhler, anotación preliminar núm. 5, antes del § 1 OWiG; Jakobs, Allg. Teil 3/8; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 1 núm. 35; Rebmann/Roth/Herrmann, nota preliminar núm. 9 antes del § 1 OWiG; Rotberg, OWiG Einführung B; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 258; R. Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht pág. 14; Günther, Ordnungswidrigkeiten págs. 381 ss., 387 ss.; Roxin, Allg. Teil I § 2 núm. 41; Tiedemann, Kartellrechtsverstöße págs. 101 ss.; Welzel, Lehrbuch pág. 16; Schultz, Einführung I pág. 33; Weber, ZStW

meramente cuantitativa, no está excluida la aceptación de una rama jurídica autónoma a la que no todas las reglas del Derecho penal le resultan aplicables sin más.

4. La **infracción administrativa** está castigada, a diferencia del delito, con una sanción pecuniaria (*Geldbuße*) de un mínimo de 5 DM a un máximo, con excepción de otras regulaciones, de 1000 DM (§ 17 I OWiG)⁴³, además no se inscribe en el Registro Central Federal de modo que el interesado carece de antecedentes a estos efectos. Para infracciones administrativas leves puede ser impuesta una amonestación y una reprensión pecuniaria de entre 5 y hasta 75 DM (§ 56 OWiG; catálogo de reprensiones pecuniarias en relación con el § 24 StVG). Por impago de la sanción administrativa no se aplica el arresto sustitutorio como ocurre con las penas de multa (§ 43 StGB), sino que el Tribunal puede decretar el *arresto coactivo* (*Erzwingungshaft*) que consiste en una medida coactiva y forzosa (§§ 96 ss. OWiG). Las multas administrativas pueden ser también impuestas contra *personas jurídicas*, entes sin personalidad y sociedades mercantiles personalistas (§ 30 OWiG)⁴⁴. Para las infracciones administrativas existe un *procedimiento especial* que es seguido por las autoridades administrativas (§§ 35 ss. OWiG). Contra la resolución administrativa sancionadora acordada por la autoridad administrativa el interesado puede interponer recurso ante el Tribunal de primera instancia (*Amtsgericht*) (§§ 67 ss. OWiG). Frente a la resolución de éste cabe recurso de queja ante el Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*). Las

92 (1980) págs. 317 ss.; especialmente consecuente *Mattes*, ZStW 82 (1970) págs. 25 ss y 119 ss.; *el mismo*, Ordnungswidrigkeiten Vol. 1.º págs. 376 ss., Vol 2.º págs. 87 ss. y 456 ss. (competencia del Juez). De otra opinión sobre todo últimamente, *Eb. Schmidt*, Arndt-Festschrift pág. 434. Mantienen una postura intermedia *Cramer*, Grundbegriffe págs. 17 ss.; *Michels*, Zuwiderhandlung págs. 82 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, anotación preliminar núm. 35 antes del § 38; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 43; *Figueiredo Dias*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 84 ss.; *KK OWiG (Bohnert)* Einleitung núms. 108 ss.

⁴³ En algunas leyes especiales se previenen multas administrativas bastante más altas, y así, en la Ley de Protección del Patrimonio Histórico de Rheinland-Pfalz de 23.3.1978 se recoge una sanción de dos millones de marcos y en el § 38 IV GWB y en OWiG §§ 30 II 1, 130 IV 1, de un millón de marcos. En general, las sanciones pecuniarias administrativas se mantienen en una relación adecuada con la pena de multa que en la actualidad puede alcanzar como máximo la cuantía de 3,6 millones DM (§ 40 I, II), y en la configuración de una pena global incluso los 7,2 millones DM (§ 54 II 2). El catálogo de multas administrativas de 4.7.1989 (BGBl. I pág. 1305) y el catálogo de reprensiones pecuniarias de la misma fecha (BA nz. NÚM. 134 a) deben asegurar una praxis conjunta unitaria de autoridades administrativas y de Tribunales en materia de infracciones administrativas de tráfico; sobre la cuestión vid. *Göhler*, § 17 OWiG núms. 27 ss. y anotación preliminar núm. 33 antes del § 56 con argumentos adicionales de la jurisprudencia; *Janiszewski/Buddendiek*, Verwarnungs- und Bußgeldkatalog, 5.ª Ed. 1993.

⁴⁴ Sobre este aspecto *Tiedemann*, NJW 1988, pág. 1169.

costas judiciales por procesos donde se ventilan infracciones administrativas son extremadamente altas⁴⁵.

5. La **construcción de la acción transgresora** en Derecho administrativo sancionador se aproxima de modo muy estrecho a la del concepto de delito en Derecho penal (vid. las múltiples coincidencias con el StGB de las disposiciones sobre los "Fundamentos de la sanción" en los §§ 8-16 OWiG)⁴⁶. Esto rige también para la prohibición de la analogía derivada del § 3 OWiG (BVerfGE 71, 108 [114 ss.]); BGH 24, 54 [62]), e incluso para la estructura de la autoría, inducción y la complicidad, a pesar de que el § 14 OWiG toma por base un concepto unitario de autor (BGH 31, 309)⁴⁷. La postura defendida por *Lange*⁴⁸, de que la actuación dolosa presupone siempre en las infracciones administrativas una vulneración consciente de la norma, permitirá su introducción en el sistema, caso por caso, a través de la teoría de la doble posición del dolo (vid. *infra* § 24 III 5)⁴⁹.

§ 8 La pena

Achter, Die Geburt der Strafe, 1950; *Abrendts*, Christoph Carl Stübels Straftheorie und ihre Wandlung, 1937; *Abrens*, Die Einstellung in der Hauptverhandlung usw., 1978; *P.-A. Albrecht*, Perspektiven und Grenzen polizeilicher Kriminalprävention, 1983; *Althaus*, Die Todesstrafe als Problem der christlichen Ethik, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1955, fascículo 2; *v. Amira*, Die germanischen Todesstrafen, Abhandlungen der Bayer. Akademie der Wissenschaften, Tomo 31,3. Apartado, 1922; *Ancel*, La défense sociale nouvelle, 3.^a Ed. 1981 (Traducción alemana de la 2.^a Ed. por Melzer, 1970); *el mismo*, La révision du Programme Minimum de Défense Sociale,

⁴⁵ Vid. con un estudio cuantitativo *Jescheck*, DRiZ 1983, págs. 385 ss. La propuesta de *Coep-picus*, DRiZ 1982, pág. 366, de volver a las faltas aumentaría considerablemente la carga de trabajo de los Tribunales. En relación a la necesidad de una "solución defendible político-criminalmente" *Herta Mattes* en *Mattes*, Ordnungswidrigkeiten, Vol. 2.^o págs. 470 ss.

⁴⁶ Vid. *Göhler*, nota preliminar núms. 10 ss. antes del § 1 OWiG; *Rotberg*, Ordnungswidrigkeitengesetz, anotaciones al § 1. Acerca de la teoría general del Derecho administrativo sancionador en Italia *Paliero/Travi*, La sanzione amministrativa, 1988.

⁴⁷ Cfr. la controversia entre *Cramer*, NJW 1969, pág. 1929; NJW 1970, pág. 1114; *Dreher*, NJW 1970, págs. 217, 1116; NJW 1971, pág. 121; *Kienapfel*, NJW 1970, pág. 1826 y Einheitstäterschaft págs. 32 ss.; *Welp*, VOR, 1972 págs. 299 ss. Una valoración global puede verse en *Schumann*, Einheitstätersystem págs. 70 ss.; *KK OWiG (Rengier)* § 14 núms. 3 ss.

⁴⁸ Vid. *Lange*, JZ 1956, págs. 73, 519; *el mismo*, JZ 1957, pág. 233. En contra, *Welzel*, JZ 1956, pág. 238; *Göhler*, JZ 1968, pág. 587.

⁴⁹ Vid. *Jescheck*, ZStW 98 (1986) págs. 12 ss. *Göhler*, § 11 OWiG núm. 21 soluciona el problema clasificando al deber jurídico como característica del tipo en los casos dudosos.

Cahiers de défense sociale 1986, pág. 17; *Andenaes*, Punishment and Deterrence, 1974; *el mismo*, General Prevention Revisited usw., The Journal of Criminal Law and Criminology 66 (1975) pág. 338; *Archives de politique criminelle*, núm. 8, 1985, Le Centenaire de la libération conditionnelle (con numerosas contribuciones); *Arzt*, Der Ruf nach Recht und Ordnung, 1976; *Association Internationale de Droit Pénal*, VI Congrès International tenu á Rome 1953, 1957; *Backes*, Kriminalpolitik ohne Legitimität, KritV 1986, pág. 315; *H. Barth*, Die Idee der Ordnung, 1958; *Baumann*, Der Schuldgedanke im heutigen deutschen Strafrecht, JBl 1965, pág. 113; *el mismo*, Minima non curat praetor, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 3; *Beccaria*, Dei delitti e delle pene (1764) (traducción alemana de *W. Alff*, 1966); *Beling*, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908; *Bellmann*, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung (1889-1933), 1994; *Bertel*, Die Generalprävention, Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 31; *Binding*, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, Strafrechtl. u. strafproz. Abhandlungen, Tomo I, 1915, pág. 61; *v. Birkmeyer*, Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig? 1907; *Blau*, Kustodiale und antikustodiale Tendenzen in der amerikanischen Kriminalpolitik, GA 1976, 33; *Bockelmann*, Schuld und Sühne, 1957; *el mismo*, Strafe, HWB SozW, Tomo X, 1959, pág. 211; *el mismo*, Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher, Fascículo V, 1961, pág. 25; *el mismo*, Strafe, Ev. Staatslexikon, 1967, pág. 2243; *el mismo*, Das Problem der Kriminalstrafe in der deutschen Dichtung, 1967; *Bönitz*, Strafgesetze und Verhaltenssteuerung, 1991; *C. Bohnert*, Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, 1992; *Burgstaller*, Sinn und Zweck der staatlichen Strafe, en: *Porstner* (Ed.), Strafrecht, Vergeltung oder Versöhnung, 1983, pág. 53; *el mismo*, Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV-AIDP, ZStW 102 (1990) pág. 637; *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *Cattaneo*, Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale, 1970; *el mismo*, La dottrina penale di Karl Grolman, en: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Tomo III, 1973, pág. 263; *el mismo*, Dignità umana e pena nella filosofia di Kant, 1981; *el mismo*, Die Strafrechtsphilosophie der deutschen Aufklärung, en: *Carboncini* (Ed.), Die deutsche Aufklärung im Spiegel der neueren italienischen Forschung, 1990, pág. 25; *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale* (Ed.), Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy, 1990; *Cornil*, Développements récents du droit pénal et du traitement des délinquants en Belgique, SchwZStr 83 (1967) pág. 1; *el mismo*, Betrachtungen zum 50jährigen Bestehen der AIDP, ZStW 87 (1975) pág. 438; *Dencker*, Strafrechtsreform im Einführungsgesetz? JZ 1973, pág. 144; *Dölling*, Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion? ZStW 102 (1990) pág. 1; *Dorado Montero*, El derecho protector de los criminales, Tomo I, 2.^a Ed. 1915; *Dreher*, Über die gerechte Strafe, 1947; *el mismo*, Die Behandlung der Bagatelldelinquenz, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 917; *Dünkel*, Neuere Entwicklungen im Bereich der Bewährungshilfe und -aufsicht im internationalen Vergleich, BewH 1984, pág. 162; *Dünkel/Spieß* (Eds.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1983; *EKD*, Denkschrift "Strafe: Tor zur Versöhnung", 1990; *Engisch*, Interessenjurisprudenz und Strafrecht, MSchrKrim 1934, pág. 65; *Enschedé/Rüter/Stolwijk*, Beginselen

van strafrecht, 6.^a Ed. 1987; *Eusebi*, La "nuova" retribuzione, Riv it dir proc pen 1983, págs. 914, 1315; *el mismo*, La pena in "crisi", 1990; *Ferri*, I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale, 1881; *Flechtheim*, Hegels Strafrechtstheorie, 2.^a Ed. 1975; *Fortner*, Positionen der schweiz. Lehre usw., SchwZStr 101 (1984) pág. 242; *Frisch*, Das Marburger Programm und die Maßregeln usw., ZStW 94 (1982) pág. 565; *Georgakis*, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz v. Liszts, 1940; *Gramatica*, Principi di difesa sociale, 1961; *Graßberger*, Versuch einer dynamischen Strafrechtstheorie, Österr. Zeitschrift für öff. Recht 1956, pág. 281; *Graven*, Hommage à Enrico Ferri, La Scuola positiva 58 (1953) pág. 394; *Grotius*, De jure belli ac pacis (1625), Edición de *Molhysen*, 1919; *Hanack*, Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 339; *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), editado por *Lasson*, 1911; *Heinz*, Neue Formen der Bewährung usw., Festschrift für H.-H. Jescheck Tomo II, 1985, pág. 955; *el mismo*, Strafzumessungspraxis usw., en: *Jehle* (Ed.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, pág. 134; *Henkel*, Die "richtige" Strafe, 1969; *v. Hentig*, Die Strafe, Tomo I, 1954; *Hepp*, J. Bentham's Grundsätze der Criminalpolitik usw., 1839; *Herrmann*, Diversion und Schlichtung usw., ZStW 96 (1984) pág. 455; *Hertwig*, Die Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit, 1982; *v. Hirsch*, Doing Justice, 1976; *el mismo*, Past or Future Crimes, 1985; *v. Hirsch/Jareborg*, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; *Hoerster*, Zur Generalprävention usw., GA 1970, 272; *Horstkotte*, Die Vorschriften des 1. StrRG über die Strafbemessung, JZ 1970, pág. 122; *Huber*, England und Wales, in: Jescheck (Ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate usw., Tomo I, 1983, pág. 157; *v. Ihering*, Der Zweck m Recht, Tomo I y II, 1883/84; *Jareborg*, Essays in Criminal Law, 1988; *Jescheck*, (Ed.), Franz von Liszt zum Gedächtnis, 1969 (igualmente en ZStW 81 [1969] fascículo 3); *el mismo*, Strafen und Maßregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika, Festschrift für Ernst Heinitz, 1972, pág. 717; *el mismo*, Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975) pág. 1; *el mismo*, Der Einfluß der IKV und der AIDP-usw., ZStW 92 (1980) pág. 997; *el mismo*, Die Freiheitsstrafe bei Franz v. Liszt usw., Festschrift für U. Klug Tomo II, 1983, pág. 257; *el mismo*, Die Freiheitsstrafe in rechtsvergleichender Darstellung, en: *Jescheck* (Ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate usw., Tomo III, 1984, pág. 1939; *el mismo*, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Neugestaltung des Mindestprogramms der Défense sociale, Festschrift für G. Blau, 1985, pág. 425; *el mismo*, Remarques en droit comparé concernant la révision du Programme Minimum de Défense Sociale, Cahiers de défense sociale 1986, 40; *el mismo*, Grundgedanken der neuen italienischen StPO in rechtsvergleichender Sicht, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 659; *el mismo*, Marc Ancel zum Gedächtnis, ZStW 103 (1991) pág. 517; *Jescheck/Eser/Kaiser* (Ed.), Zweites deutsch-sowjetisches Kolloquium usw., 1984; *Jung*, Sanktionensysteme und Menschenrechte, 1992; *Kaiser*, Zweckstrafrecht und Menschenrechte, SchwjZ 1984, pág. 329; *el mismo*, Ist das Maßnahmensystem im Kriminalrecht noch zu retten? Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 183; *Kaiser/Meinberg*, "Tuschelverfahren" usw., NStZ 1984, pág.

343; *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797), en: Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, ed. por *Weischedel*, Tomo IV, 1956, pág. 303; *Kargl*, Handlung und Ordnung im Strafrecht, 1991; *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.^a Ed. 1976; *el mismo*, Schuld und Prävention, Festschrift für R. Wassermann, 1985, pág. 885; *el mismo*, Über die gerechte Strafe, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 425; *Kindhäuser*, Persönlichkeit, Schuld und Vergeltung, GA 1989, 493; *Kipper*, Johann Paul Anselm Feuerbach, 2.^a Ed. 1989; *Kleinheyer*, Tradition und Reform in der CCC, in: *Landau/Schroeder* (Edrs.), Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption, 1984, pág. 7; *Knigge*, Het irrationele van de straf, 1988; *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; *Kohlrausch*, Fortschritte und Rückschritte in den kriminalpolitischen Bestimmungen des neuesten Strafgesetzentwurfs, Mitt IKV, Tomo 3, 1928, pág. 5; *Lange*, Das Rätsel Kriminalität, 1970; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, en: *Göppinger/Witter* (Edrs.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo I, Parte A, 1972, pág. 3; *Liepmann*, Die Bedeutung A. Merckels für Strafrecht und Rechtsphilosophie, ZStW 17 (1897) pág. 638; *el mismo*, Strafrechtsreform und Schulenstreit, ZStW 28 (1908) pág. 1; *v. Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883) pág. 1; *el mismo*, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, Aufsätze und Vorträge, Tomo II, 1905, pág. 75; *Maiwald*, Moderne Entwicklung der Auffassung vom Zweck der Strafe, en: *Immenga* (Ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, pág. 291; *Maurach*, Vom Wesen und Zweck der Strafe, en: *Freudenfeld* (Ed.), Schuld und Sühne, 1960, pág. 26; *H. Mayer*, Kant, Hegel und das Strafrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 34; *A. Merkel*, Über vergeltende Gerechtigkeit, Ges. Abhandlungen, Tomo I, 1899, pág. 1; *el mismo*, Vergeltungsidee und Zweckgedanke, Ges. Abhandlungen, Tomo II, 1899, pág. 687; *Merle*, La pénitence et la peine, 1985; *Mezger*, Strafzweck und Strafzumessungsregeln, Materialien, Tomo I, 1954, pág. 1; *Mir Puig*, Die begründende und begrenzende Funktion der positiven Generalprävention, ZStW 102 (1990) pág. 914; *Moos*, Positive Generalprävention und Vergeltung, Festschrift für F. Pallin, 1989, págs. 283 ss.; *Morris*, The Future of Imprisonment, 1974; *Helga Müller*, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert, 1984; *Müller-Dietz*, Strafbegriff und Strgrechtspflege, 1968; *el mismo*, Strafzwecke und Vollzugsziel, 1973; *el mismo*, Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzugs, ZStW 94 (1982) pág. 599; *el mismo*, Integrationsprävention und Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 813; *Nagler*, Verständigung der Strafrechtsschulen, GS 70 (1907) pág. 10; *el mismo*, Die Strafe, 1918; *Naucke*, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; *el mismo*, Über den Einfluß Kants usw., en: *Blühdorn/Ritter* (Edrs.), Philosophie und Rechtswissenschaft, 1969, pág. 27; *el mismo*, P.J.A. v. Feuerbach, ZStW 87 (1975) pág. 861; *el mismo*, Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982) pág. 525; *Nehlsen*, Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, en: *Kroeschell* (Ed.), Freiburger Fest-Kolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, 1983, pág. 3; *Nohl*, Vom Sinn der Strafe,

Die Erziehung Tomo I (1926) pág. 27; *Noll*, Die ethische Begründung der Strafe, 1962; *el mismo*, Schuld und Prävention, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 219; *H.-J. Otto*, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, 1982; *Peters*, Gedanken zur Kriminalstrafe, Stimmen der Zeit 1956/57, pág. 12; *el mismo*, Strafprozeß, 4.^a Ed. 1985; Papst *Pius XII.*, Botschaft an den VI. Internationalen Strafrechtskongreß, ZStW 66 (1954) pág. 1; *Plagemann*, USA, en: *Jescheck* (Ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate usw., Tomo II, 1983, pág. 161 1; *Plato*, Protagoras, en: Sämtliche Werke, Ausgabe *Lambert Schneider*, Tomo I, o.J., pág. 55; *Platzgummer*, Strafe, Schuld und Persönlichkeitssadäquanz, Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 322; *W. Preisler*, Das Recht zu strafen, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 71; *el mismo*, Vergeltung und Sühne im altisraelitischen Strafrecht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 7; *Radbruch*, Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien, en: *Elegantiae Juris Criminalis*, 2.^a Ed. 1950, pág. 1; Rechtsphilosophie, 4.^a Ed. 1950 (edición de *von E. Wolf*); *el mismo*, Der Erziehungsgedanke im Strafwesen, en: Der Mensch im Recht, 1957, pág. 50; *el mismo*, Paul Johann Anselm Feuerbach, 2.^a Ed. 1957 (edición de *E. Wolf*); *Radzinowicz*, The Roots of the International Association of Criminal Law and their Significance, 1991; *Ratschow*, Vom Sinn der Strafe, en: *Dombois* (Ed.), Die weltliche Strafe in der evangelischen Theologie, 1959, pág. 98; *Rehfeldt*, Die Entwicklung der Strafe, Festschrift für H. C. Nipperdey, 1965, pág. 95; *Reik*, Geständniszwang und Strafbedürfnis, 1925; *Reiwald*, Die Gesellschaft und ihre Verbrecher, 1948; *Rieß*, Zur weiteren Entwicklung der Einstellungen nach § 153a StPO, ZRP 1985, pág. 212; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, pág. 377; *Rudolphi*, Strafprozeß im Umbruch, ZRP 1976, pág. 165; *Saleilles*, L'individualisation de la peine, 1898; *Schaffstein*, Überlegungen zur Diversion, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 937; *Schittenhelm*, Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Recht, 1994; *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe, 2.^a Ed. 1971; *el mismo*, Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß? JZ 1973, 529; *Eb. Schmidt*, Die Kriminalpolitik Preußens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II., Diss. Göttingen 1914; *el mismo*, Zur Theorie des unbestimmten Strafurteils, SchwZStR 45 (1931) pág. 200; *el mismo*, Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen StGB, Materialien, Tomo I, 1954, pág. 9; *el mismo*, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStW 67 (1955) pág. 177; *el mismo*, Franz von Liszt, en: Die großen Deutschen, Tomo V, 1957, pág. 407; *el mismo*, Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69 (1957) pág. 359; *Schöch*, Verstehen, Erklären, Bestrafen? en: *Immenga* (Ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, S. 305; *el mismo*, Empirische Grundlagen der Generalprävention, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1081; *el mismo*, Gutachten C zum 59. DJT 1992; *Schumann*, Positive Generalprävention, 1989; *Seelmann*, Hegels Straftheorie usw., JuS 1979, pág. 687; *Seidl*, Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik, 1974; *Shelley*, Criminal Law and Justice since Breshnev, en: *Barry* (Ed.), Essays in honour of D. A. Loeber, 1988, pág. 188; *Sieverts*, Kriminalpolitik, HWB Krim, Tomo II, 1977, pág. 1; *Simson*, Hugo Grotius und die Funktion der Strafe, Festschrift für G.

Blau, 1985, pág. 651; *Steinmetz*, Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, Tomo I y II, 2.^a Ed. 1928; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *Thyrén*, Prinzipien einer Strafgesetzreform, 1910; *Trillhaas*, Zur Theologie der Strafe, Heidelberger Jahrbücher 1961, Tomo V, pág. 40; *Tröndle*, "Zurückstellung der Strafvollstreckung" usw., MDR 1982, pág. 1; *di Tullio*, Cesare Lombroso e la politica criminale moderna, Scuola positiva 64 (1959) pág. 495; *Villey*, Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique, Archives de Philosophie du droit 1983, pág. 181; *Volk*, Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des BVerG, ZStW 83 (1971) pág. 405; *Walter*, Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität, ZStW 95 (1983) pág. 32; *Weigend*, Strafzumessung durch den Staatsanwalt? KrimJ 1984, pág. 8; *el mismo*, Richtlinien für die Strafzumessung, Festschrift der Rechtswiss. Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, pág. 579; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht, 1935; *Westphalen*, Karl Binding (1841-1920), 1989; *Wilda*, Das Strafrecht der Germanen, 1842; *Würtenberger*, Unbestimmte Verurteilung, Materialien, Tomo I, 1954, pág. 89; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2.^a Ed. 1980; *el mismo*, Teilaussetzung bei Freiheits- und Geldstrafen, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 977; *el mismo*, Die Integrationsprävention (positive Generalprävention), Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 479.

I. Origen, justificación y naturaleza de la pena

1. El **origen de la pena** reside en la oscuridad de creencias mágicas dominantes en la antigüedad, en virtud de las cuales la venganza del ofendido y su clan frente al delincuente y al suyo, se combinaba con actos simbólicos dirigidos a la reconciliación con los Dioses enojados por la comisión del hecho¹. Pero la pena pública aparece ya documentada en el antiguo Derecho judío², en los comienzos de Roma³ y con los germanos⁴. A través de la Constitutio Criminalis Carolina (1532) fue asumido en el Derecho alemán el pensamiento de la pena jurídica como una sanción en manos del Estado asociada a la idea de justicia, procedente de la teoría penal del norte de Italia de finales de la Edad Media, y logrando con

¹ *v. Henitg*, Die Strafe págs. 90 ss.; *Radbruch*, Der Ursprung des Strafrechts págs. 4 ss.; *Steinmetz*, Ethnologische Studien Tomo I págs. 301 ss., Tomo II, págs. 175 ss.; *v. Amira*, Die germanischen Todesstrafen págs. 198 ss.; *Achter*, Geburt der Strafe págs. 10 ss.; *Rehfeldt*, Nipperdey-Festschrift págs. 95 ss. 109.

² *Preiser*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 17 ss.

³ *Mommsen*, Römisches Strafrecht págs. 59 ss.

⁴ *Wilda*, Das Strafrecht der Germanen págs. 484 ss. En torno al reciente estado de la investigación *Nehlsen*, Thieme-Festkolloquium págs. 3 ss.

ello el comienzo de una moderna Administración de Justicia penal⁵. A pesar de que de este modo la pena pertenece a los más importantes medios de poder estatales desde los comienzos de la cultura de la Humanidad, la cuestión relativa a su justificación, naturaleza y sentido, ha permanecido como uno de los problemas más discutidos de la Ciencia del Derecho. Esto está relacionado con el hecho de que la coacción represiva del Estado de ningún modo se comprende por sí misma, a diferencia de lo que sucede con la defensa frente a alteraciones del orden público o la protección militar de las fronteras, sino que la controversia referida a la justificación, naturaleza y sentido de la pena ha conducido desde siempre a las profundidades de las disputas ideológicas.

2. Para poder posibilitar la comprensión del concepto de la pena se debe partir de dos presupuestos básicos. El primero se refiere a su justificación, el segundo a su naturaleza.

a) La **justificación de la pena** reside sólo en que es necesaria para la conservación del Ordenamiento jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad⁶. La coacción estatal renunciaría a sí misma si no pudiera impedir la afirmación abierta de infracciones jurídicas insoportables. Sin la pena el Derecho dejaría de ser un Ordenamiento coactivo para quedar reducido a normas puramente éticas. Como expresión de la violencia estatal la pena pertenece a toda comunidad fundada sobre normas jurídicas (justificación **político-estatal** de la pena). Además, la pena es necesaria para satisfacer la necesidad de justicia de la comunidad. Sería imposible una convivencia pacífica de las personas, si el Estado se limitara a la defensa frente a la comisión inminente de delitos y exigiera tanto al ofendido como a la comunidad tolerar el delito cometido y vivir con su autor como si no hubiera sucedido injusto alguno. La justicia del linchamiento y el retorno a la pena privada⁷ serían, sin duda, consecuencias inmediatas (justificación **social-psicológica** de la pena). Finalmente, la pena resulta también necesaria en consideración a la persona misma del autor. La necesidad de liberarse de la culpabilidad a través de la expiación es una experiencia

⁵ Nagler, *Die Strafe* págs. 188 ss.; Kleinheyer, *Tradition und Reform* págs. 25 ss. Vid. CCC en su art. 104: "die straff nach gelegenheyt vnd ergernuß der übelthatt, auß lieb der gerechtigkeit, vnd vmb gemeynes nutz villen zur ordnen und zu machen" ("la pena configurada según la ocasión y escándalo del hecho malicioso, por amor a la justicia, y para ordenar y materializar la voluntad del provecho común").

⁶ Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe* págs. 74 ss.; Maurach, *Vom Wesen und Zweck der Strafe* pág. 26; Lenckner, *Strafe* págs. 21 ss. Acerca de la relación interna entre Ordenamiento y sanción H. Barth, *Idee der Ordnung* págs. 217 ss.

⁷ Vid. Arzt, *Der Ruf nach Recht und Ordnung* págs. 43 ss.

fundamental de la persona como sujeto moral⁸. Procurar la posibilidad de una expiación como prestación moral autónoma es por ello una misión legítima del Estado, aún cuando la mayoría de los delincuentes rehusa el camino de la conversión interna⁹ (justificación **ético-individual** de la pena).

El pronóstico de *Radbruch* de que el desarrollo "algún día conduciría a la desaparición del Derecho penal"¹⁰ no se ha cumplido hasta el momento, y tampoco tiene ningún sentido esperar "algo mejor que el Derecho penal"¹¹, en tanto que falta el más mínimo indicio de adónde debe conducir ese camino. En un Estado de Derecho liberal en el que son los ciudadanos los cotitulares de la violencia estatal, la coacción jurídica será siempre en última instancia el único camino posible pues sólo ella vincula la violencia con el apelativo de la persona como "ser racional"¹².

b) Debe distinguirse entre justificación y **naturaleza** de la pena. La pena es un **juicio de valor público de carácter ético-social** que se realiza al autor por la comisión culpable de una infracción jurídica¹³. Así pues, la pena lleva consigo siempre un acento negativo, posee también el carácter de un mal y debe poder servir para el bien del condenado. El mal inherente a la pena consiste en la intromisión voluntaria en la esfera jurídica del reo (libertad, patrimonio, tiempo libre, consideración social), ya que la desaprobación pública se expresa precisamente por la pena mediante el perjuicio de la posición jurídica del culpable. La negación de la condición de mal que reviste la pena no supondría otra cosa que la negación del concepto penal mismo. El sermón de la montaña de pagar lo malo con lo bueno (Matías 5, 44), únicamente puede ser cumplido *mediatamente* por la

⁸ *Bockelmann*, Das Problem der Kriminalstrafe págs. 23 ss.; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 274.

⁹ *Baumann*, JBl 1965 pág. 119; *Grafberger*, Österr. Zeitschrift f. Öff. Recht 1956, pág. 283; vid. también las antiguas citas de Platón en *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe págs. 22 ss.; además, *W. Preiser*, Mezger-Festschrift págs. 77 ss. Discrepante *Roxin*, JuS 1966, pág. 379; *el mismo*, Allg. Teil I § 3 núm. 10.

¹⁰ *Radbruch*, Rechtsphilosophie pág. 269. Sobre los ataques modernos al Derecho penal *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) págs. 13 ss.

¹¹ *Radbruch*, Der Erziehungsgedanke pág. 57.

¹² En torno a la dimensión jurídico-personal de la pena *Jung*, Sanktionssysteme págs. 69 ss.

¹³ *Grafberger*, Österr. Zeitschrift f. öff. Recht 1956, pág. 285; *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik pág. 265; *Henkel*, Strafe pág. 7; *Noll*, Ethische Begründung pág. 17; *v. Hirsch/Jareborg*, Strafmaß pág. 17. Por el contrario, sobre bases deterministas *Kargl*, Handlung págs. 211 ss., quien sin embargo reconoce una responsabilidad objetiva; ésta "se deduce de la capacidad humana para poder cambiar el sistema de relación lógico-afectivo" (pág. 527). Pero es precisamente la no utilización de esa capacidad a donde se dirige el reproche culpabilístico y sobre la que se justifica el juicio de desvalor ético de la pena.

coacción estatal de modo que la pena sea aplicada sólo para el aseguramiento de las condiciones existenciales de las personas, posibilitando de este modo el bien.

Hasta ahora ningún Estado ha podido renunciar a la pena como causación voluntaria de un mal para la preservación del Ordenamiento jurídico. El Código criminal sueco de 1962 ha retornado a la pena, tras el intento por parte del Proyecto de 1956 de sustituir la expresión "pena" por la alocución neutral de "consecuencia jurídica"¹⁴. También la Ley belga de Defensa Social de 1964 prevé como medida el internamiento por tiempo indeterminado, pero el Código penal sigue con las penas de prisión firmemente determinadas¹⁵. El Código penal de 1926 de la República Soviética Rusa, que sólo conoció medidas de protección social sin el carácter de penas, fue relevado por la Ley unionista de la URSS sobre las "bases de la legislación penal" de 1958, cuyo art. 20 también atribuye expresamente a la pena una función represiva¹⁶. También en los EE.UU. existen tendencias que desplazan a un Derecho penal de puro "tratamiento" por medio de actos legislativos concretos en los que la intimidación y la retribución por la culpabilidad están situadas en un primer plano¹⁷.

II. Las posibilidades de interpretación del sentido de la pena

La pregunta acerca del sentido de la pena debe dividirse en los interrogantes relativos al de su justificación y su naturaleza. Aquí se trata de qué *fin* puede y debe tener el acto de castigar frente al condenado y a la colectividad.

1. Los dos **pensamientos fundamentales** desde los que puede ser desarrollado el sentido de la pena son la *retribución* y la *prevención*¹⁸. O la pena mira al

¹⁴ Vid. *Agge/Thornstedt*, Das schwedische Strafrecht págs. 259 ss.

¹⁵ *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núm. 465, 431.

¹⁶ La lucha radical contra la pena como medio coactivo de la violencia estatal, tal y como fue conducida por *Gramatica*, Rev int déf so 1947, 3 ó por *Reiwald*, Die Gesellschaft pág. 311, pertenece al reino de la utopía. En relación a la pena en la última fase del Derecho soviético vid. *Jescheck/Kaiser/Eser*, (Edrs.) Zweites deutsch-sowjetisches Kolloquium págs. 365 ss.; *Shelley*, Essays in honour of D. A. Loeber págs. 188 ss.; *Schittenhelm*, Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Recht págs. 211 ss.

¹⁷ Así, por ejemplo, en el § 1170 (a) del Código Penal de California. Resumidamente acerca del desarrollo en EE.UU. *Weigend*, Kölner Festschrift págs. 582 ss.

¹⁸ *Henkel*, Strafe pág. 12 añade como tercera posibilidad la "reparación" que, sin embargo, la actual configuración de la pena no permite explicar. A pesar de ello, aquélla es prevista como causa de exclusión de la pena en el § 46 a, y de forma obligatoria en los §§ 56 b II núm. 1, 57 III, 59 a II núm. 1 StGB, 153 a I núm. 1 StPO, como circunstancia atenuante en §§ 46, 46 a II *in fine*, así como en el trabajo en beneficio de la comunidad como forma de evitar el arresto sustitutorio (art. 293 EGStGB). Críticamente sobre la reparación del daño como sanción penal autónoma *supra* § 1 II 4.

pasado (al hecho cometido) y busca con la imposición voluntaria del mal ligado a aquélla conseguir una compensación por la infracción jurídica sucedida (“malum passionis propter malum actionis”¹⁹), o la pena mira al futuro (al peligro de comisión de nuevos delitos por el autor mismo o por otras personas) y busca influir sobre él y sobre la comunidad con la finalidad de evitar la perpetración de delitos, con lo que no es perseguida la intromisión en la posición jurídica del reo y la pena evidencia tan sólo un “mal necesario” (“nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur”)²⁰. El punto de enlace para la retribución es la *culpabilidad* mientras que para la prevención es la peligrosidad existente en la persona del autor así como, en un sentido amplio, la predisposición existente en toda persona a la comisión de acciones punibles (*prevención especial y general*). Finalmente, existe la posibilidad de *enlazar la retribución y la prevención*. Aquí, la pena sirve para la prevención de futuros delitos *mediante* la justa retribución de las infracciones jurídicas culpables realizadas en el pasado (vid. *supra* § 1 II 1). En palabras de *Hugo Grotius* podría decirse: “prudenter punit qui punit, quia peccatum est neque peccetur”.

2. La interpretación suministrada acerca del sentido de la pena pertenece al pensamiento retributivo. La **retribución** fue originariamente portadora de emociones fuertes, una reacción puramente negativa frente al hecho delictivo. Sin embargo, el concepto de retribución ha sufrido un cambio muy profundo desde la Ilustración del siglo XVIII. De acuerdo con ello, para la retribución la pena significa hoy en día la respuesta a un injusto culpable (“quia peccatum est”) y, por ello, debe ser equivalente a éste según el principio de la justicia distributiva²¹. Así pues, la retribución nada tiene que ver con la venganza, con bajos sentimientos de odio o con caprichosas agresiones represivas de la sociedad²², sino que es un **principio de medida** (*Maßprinzip*)²³. Según el pensamiento retributivo el hecho cometido determina el motivo y la medida de la pena.

¹⁹ *Grotius*, De jure belli, lib. II, cap. XX, § 1, 1. En relación a *Grotius* vid. *Simson*, Blaufestschrift págs. 655 ss.

²⁰ *Grotius*, ibídem § 4, 1.

²¹ *Bockelmann*, HWB Soz W pág. 212.

²² Así sucedía con la antigua psicología profunda, vid. *Reik*, Geständniszwang págs. 135 ss.

²³ Asimismo, *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik pág. 273, *Jareborg*, Essays págs. 10 ss, 119; *Knigge*, Het irrationale págs. 18 ss. También *Roxin*, Allg. Teil I § 3 núm. 7 reconoce expresamente a la retribución tanto como un “principio de medida” como también en su “fuerza de impresión social-psicológica”. Pero precisamente ahí residen los “fines sociales” de la pena orientada al injusto y la culpabilidad que *Roxin* echa de menos en la retribución. Por ello no se comprende que la teoría de la retribución “no sea hoy científicamente sostenible” (núm. 8). La retribución tampoco promueve en modo alguno, tal y como parece aceptar *Roxin*, que siempre se debería castigar sin

El pensamiento de la retribución descansa sobre *tres presupuestos inmanentes*. El primero consiste en la necesidad de que por lo general el Estado pueda justificar su legitimidad para imponer al culpable, por medio de la pena, lo que se ha merecido; esto es sólo posible si es reconocida la superioridad moral de la comunidad frente al delincuente. El segundo presupuesto de la retribución consiste en que exista una culpabilidad que resulte graduable según su gravedad. Y en tercer lugar, la retribución presupone que es básicamente posible armonizar de tal forma el grado de culpabilidad y la extensión de la pena que el juicio de la colectividad al autor se tenga por justo.

La *expiación* debe ser diferenciada de la retribución. Es un tributo moral propio del condenado que le conduce a aprobar la necesidad de la pena y a través del cual recupera su libertad moral. La expiación no puede ser compelida por la pena aunque, por lo menos, el Estado debe hacerla posible incluyendo en aquélla la predisposición de la sociedad a la reconciliación con el autor si éste acepta la pena²⁴.

3. El **pensamiento de la prevención** conduce a consecuencias completamente opuestas a la idea de retribución. Si se concibe a la pena como un medio para evitar delitos ("ne peccetur"), en el fondo el problema de la culpabilidad personal puede quedar sin resolver pues sólo depende de la peligrosidad del autor y de la predisposición criminal latente en la colectividad. El Estado previene la inclinación delictiva con penas que por su naturaleza y magnitud deben posibilitar una influencia enérgica sobre el condenado y la comunidad. El autor no recibe lo que merece por su culpabilidad sino lo que necesita para su resocialización²⁵. El hecho no es el fundamento sino el motivo de la pena; demuestra que la intervención del Estado es necesaria porque existen síntomas de una situación peligrosa. También la naturaleza y la medida de la pena viene determinada por su finalidad preventiva, no por el grado del injusto y la culpabilidad.

Ejemplo: Así, en Inglaterra la sección 2 (2) (b) del Criminal Justice Act de 1991 autoriza al Tribunal, para el caso de penas de prisión para delitos violentos y sexuales, a imponerlas por encima de la gravedad del hecho en la medida en que ello sea necesario

consideración a la necesidad preventiva de la pena, sino sólo que cuando se castiga el grado de injusto y de culpabilidad debe ser decisivo para la forma y alcance de la pena.

²⁴ Vid. al respecto *Eb. Schmidt*, *Materialen* Tomo I, pág. 11; *el mismo*, *ZStW* 67 (1955) pág. 187: "El Estado sólo puede aspirar con la imposición de sus penas a la expiación como acto de purificación moral..."; *Merle*, *La pénitence* págs. 143 ss. Mostrándose escéptico *Stratenwerth*, *Allg. Teil* I n. 15; rechaza tal posibilidad *Roxin*, *Allg. Teil* I § 3 núm. 10.

²⁵ Vid. la conocida fórmula de *Kohlrausch*, *Mitt IKV* Tomo 3 (1928) pág. 14: "En la cúspide de las funciones de la pena debe situarse el conducir de nuevo al descarrilado por el camino correcto".

para la protección de la colectividad frente a perjuicios adicionales que pueda causar el autor.

El pensamiento de la prevención, al igual que el de la retribución, parte de *tres presupuestos inmanentes*. El primero es la posibilidad de realizar un pronóstico suficientemente seguro del comportamiento humano futuro. El segundo consiste en que la pena pueda ser adecuada tan exactamente a la peligrosidad que, por lo menos, el resultado preventivo perseguido aparezca como probable. Y el tercero radica en que la tendencia a la criminalidad pueda ser combatida eficazmente, no sólo en los jóvenes, sino también en los adultos, a través de los elementos disuasorios, pedagógicos y de aseguramiento que acompañan a la pena y, en especial, por medio del trabajo pedagógico-social que desempeña la ejecución de la pena.

A ello se añade otro factor adicional en el que confluyen la retribución y la prevención: a saber, también la prevención exige para su justificación la certeza de que el Estado está legitimado por medio de la pena a adaptar a los delincuentes peligrosos a los ideales socialmente dominantes. De esta forma, también se presupone que estos últimos poseen un valor moral por lo que los puntos de partida de ambos sistemas coinciden en su pensamiento básico²⁶. La concepción moral de la misión de la Administración de Justicia penal constituye así el puente entre la retribución y la prevención.

El efecto preventivo de la pena puede ser *doble*:

a) Si el resultado de la prevención del delito debe tener lugar en el conjunto de los destinatarios de la norma se habla de **prevención general**²⁷. Esta última

²⁶ Bockelmann, Schuld und Sühne pág. 21.

²⁷ El predominio de la prevención general en la dotación del sentido de la pena es hoy doctrina dominante; vid. Andenaes, Punishment págs. 34 ss. así como en Journal of Criminal Law 66 (1975) págs. 338 ss.; Baumann/Weber, Allg. Teil págs. 16 ss.; Bockelmann/Volk, Allg. Teil pág. 9; Burgstaller, Sinn und Zweck pág. 54; Dölling, ZStW 102 (1990) págs. 14 ss.; Enschedé/Rüter/Stolwijk, Beginselen págs. 12 ss.; Hoerster, GA 1970, 272; Jakobs, Allg. Teil 1/4 ss.; Jescheck, SchwZStr 91 (1975) págs. 18 ss.; Lenckner, Strafe pág. 22; Kindhäuser, GA 1989, 503 ss.; Moos, Pallin-Festschrift págs. 305 ss.; Müller-Dietz, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 817 ss.; Mir Puig, ZStW 102 (1990) págs. 920 ss.; Schmidhäuser, Allg. Teil págs. 52 ss.; el mismo, Einführung págs. 49 ss.; Sieverts, HWB Krim Tomo II págs. 4 ss.; Stratenwerth, Allg. Teil I núms. 23 ss.; Mantovani, Diritto penale pág. 692; Merle/Vitu, Traité núm. 608; Schultz, Einführung I págs. 42 ss.; Schöch, Verstehen pág. 318; Hassemer/Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979; Maiwald, Moderne Auffassungen pág. 303; H.-J. Otto, Generalprävention págs. 279 ss. La "determinación de una finalidad preventivo-general de carácter autónomo" es negada por Köhler, Strafrechtsbegründung pág. 40. Acerca de los resultados de la investigación empírica de la prevención general vid. Schöch, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1008 ss.; Schumann, Positive Generalprävention págs. 51 ss.; Bönitz, Strafgesetze und Verhaltenssteuerung, 1991.

significa, de un lado, que a través del temor a la pena toda persona debe ser disuada de la comisión de acciones punibles (*prevención general negativa* o *prevención disuasoria*). Más importante es, sin embargo, otro aspecto: a través de la amenaza penal contenida en la ley y la condena del culpable que muestra que el Estado cumple seriamente su advertencia, debe ser evitada la legitimación del delito y puesta de manifiesto aquella aversión moral contra el injusto que se presenta por sí misma y que, en gran medida, contribuye a que sea mantenida en sus límites la predisposición a la criminalidad que existe y está latente en la colectividad (*prevención general positiva* o *prevención-integración*). Así pues, el Estado no sólo persigue con la pena la intimidación del presunto autor por medio de la amenaza de un mal, sino que sobre todo se esfuerza en reforzar la conciencia jurídica de la colectividad a través de leyes penales justas y de su aplicación moderada e igualitaria²⁸, así como en educar a las personas en una obediencia voluntaria al Derecho (vid. *supra* § 1 II 1). En qué medida el Derecho penal consigue el efecto deseado es algo que empíricamente resulta difícil de comprobar. No obstante, de ningún modo puede hablarse, tal y como los críticos afirman, de que todo delito cometido contradice el efecto preventivo-general del Derecho penal, pues sin duda serían perpetrados muchos más delitos si en el ámbito penal no existiera ninguna Administración de Justicia.

b) Mientras que la prevención general aspira a la prevención del delito por medio de la colectividad, la **prevención especial o individual** se dirige al reo mismo²⁹. Él es quien, a través de la lección que se le imparte con la imposición de la pena, debe ser educado para mantenerle alejado de infracciones futuras y para conseguir su adaptación a las reglas básicas de la convivencia en la comunidad. De resultar aplicable una pena privativa de libertad, su ejecución debe tener lugar bajo el principio de la *resocialización* (§ 2, inciso 1.º, StVollzG), mediante una educación escolar, profesional y corporal del preso, el reforzamiento de su conciencia de responsabilidad y la estimulación de la colaboración activa en el establecimiento penitenciario. Además, el tiempo de privación de libertad sirve también para el aseguramiento de la sociedad frente al delincuente peligroso (§ 2, inciso 2.º, StVollzG). En la actualidad, las posibilidades de una influencia educadora eficaz a través de la ejecución de la pena son enjuiciadas desde un importante escepticismo, pues a pesar de los importantes esfuerzos dirigidos a intensificar la

²⁸ En la determinación de la pena existe una “considerable medida de desigualdad”; acerca de la investigación empírica *Heinz*, *Strafzumessungspraxis* pág. 134. Sobre la primacía de la prevención general positiva sobre la negativa *Zipf*, *Pallin-Festschrift* págs. 485 ss.

²⁹ Al respecto, detalladamente, *Roxin*, *Allg. Teil I* § 3 núms. 11 ss.

ejecución de la pena aquí y en el extranjero (EE.UU., Escandinavia, Países Bajos), el porcentaje de reincidencia no ha sido capaz de reducirse de un modo esencial. La suspensión condicional de la condena que contenga instrucciones precisas y ayudas sociales para el reo es manifiestamente lo mejor para la prevención especial (vid. *infra* § 8 VI).

4. La retribución y la prevención no son antagonismos irreconciliables (vid. *supra* § 8 II 1 *in fine*). Una **conexión** entre ambos es posible de modo que la pena no sea querida por su propia voluntad, sino que sea prevista y dictada sobre la base de su misión de protección de la sociedad de futuros delitos, pero que lo sea de tal modo que sirva para compensar la culpabilidad por el delito cometido, pues la pena busca alcanzar el resultado preventivo *de una manera justa (teoría de la unión)*³⁰. Y así, la pena justa que viene a compensar la gravedad del injusto y de la culpabilidad se proyecta tanto sobre la colectividad como una *fuerza configuradora de las costumbres*, actuando también sobre el reo de un modo preventivo y pedagógico precisamente a causa de su sentimiento de responsabilidad que lógicamente apela al principio de medida. Las finalidades preventivas que no pueden ser alcanzadas por medio de una pena justa quedan reservadas para las medidas de seguridad. Las consecuencias dañosas derivadas de la ejecución de la pena contrarrestan la aplicación de la reprensión con suspensión de la pena (§ 59), la suspensión condicional de la pena (§ 56) y la oportuna concesión de la libertad condicional (§ 57). Los presupuestos inmanentes aquí presentes son los mismos que en la retribución, esto es, la legitimación moral del Estado para la imposición de la pena, la existencia de una culpabilidad personal y la posibilidad de compensar esta última por medio de la pena. A ello se añade, además, el convencimiento de que sólo la pena justa despliega un *efecto social-pedagógico* sobre la colectividad, y de que sólo *ella* es también concebida por el condenado como *respuesta de una sociedad vinculada con él* y como apelación a su conciencia de lo justo y lo injusto.

Las distintas posibilidades de interpretación del sentido de la pena se denominan **teorías de la pena**.

³⁰ Sobre la relación entre represión y prevención vid. *Noll*, H. Mayer-Festschrift pág. 220; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 28 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 55 ss.; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 276; *Roxin*, JuS 1966 págs. 377 ss.; *Eusebi*, Riv dir proc pen 1983 págs. 914 ss., 1315 ss.; *el mismo*, La pena in "crisi" págs. 145 ss.; *Platzgummer*, Pallin-Festschrift pág. 322; *Kindhäuser*, GA 1989, págs. 502 ss.; *Bertel*, Pallin-Festschrift pág. 38.

III. Teorías absolutas de la pena

Las **teorías absolutas de la pena** centran el motivo jurídico y el sentido de la pena *sólo* en la retribución, en cuya virtud debe hacerse justicia con el culpable por la comisión de su hecho. La pena queda liberada de cualquier consideración finalística (“poena absoluta ab effectu”) y aparece sencillamente como la imposición querida de un mal dirigida a la compensación por la comisión de una infracción jurídica culpable. Las bases ideológicas de las teorías absolutas residen en el reconocimiento del Estado como valedor de la justicia terrenal y esencia de los valores morales, en la creencia de la capacidad de autodeterminación de la persona y en la limitación de la misión del Estado a la protección de la libertad individual. En las teorías absolutas de la pena confluyen, pues, planteamientos idealistas, conservadores y liberales.

1. Para *Kant* (1724-1804) la Ley penal era un “**imperativo categórico**”, esto es, un mandato de la justicia libre de toda consideración final.

El único sentido de la pena es la retribución de la culpabilidad: “La pena judicial... nunca puede ser considerada como un medio para promover un bien distinto, ya sea para el delincuente mismo o para la sociedad civil, sino que únicamente debe serle impuesta por su infracción”³¹. Para dejar completamente claro que ni siquiera el pensamiento preventivo-general implícito en la pena puede jugar papel alguno, Kant suministra el famoso ejemplo de la isla como final de una comunidad: “Incluso si la sociedad civil con todos sus miembros decidiera por unanimidad su disolución (por ejemplo, que la población residente en una isla decidiera dispersarse y diseminarse por todo el mundo), el último asesino que se encontrara en prisión debería ser ajusticiado antes para que toda persona fuera consciente del valor de sus hechos...”³².

2. Pero la cuestión es qué sentido debe tener para la comunidad esta severidad extrema, propia de la Ley del Tali3n (“ojo por ojo, diente por diente”), del concepto kantiano de pena. Al respecto *Hegel* (1770-1831) ha dado una respuesta que va más allá de Kant. Y así, fundamenta la pena sobre el principio dialéctico según el cual el Ordenamiento jurídico expone la “**voluntad general**”, mientras que la “**voluntad especial**” del delincuente, expresada a través de la infracción del Derecho, es negada por medio de la pena y “anulada” por la superioridad moral de la comunidad. De este modo, es restablecida la coincidencia de la voluntad general

³¹ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten (1797) pág. 453.

³² *Kant*, ibídem pág. 455; vid., en relación con ambas citas, *H. Mayer*, Engisch-Festschrift págs. 64 ss. Acerca de la vigorosa influencia de Kant vid., además, *Naucke*, Philosophie und Rechtswissenschaft págs. 36 ss., así como *Cattaneo*, Dignità umana págs. 189 ss.

con la especial mediante la manifestación de la negación del delito, y mostrada la total ausencia de validez de éste³³.

“La lesión de esta voluntad como tal existente consiste en la anulación del delito, que de lo contrario regiría, así como en el restablecimiento del Derecho”³⁴.

“El quebranto que se infiere al delincuente, no es sólo justo en sí mismo, justa es, simultáneamente, su voluntad en sí misma existente, la existencia de su libertad, su derecho;...por lo que la pena se considera contenida en su propio derecho, honrándose con ello al delincuente como ser racional”³⁵.

3. Las teorías absolutas también fueron defendidas en la antigua *Ética cristiana*. Para ello sirve de base, por una parte, la concepción del orden mundial como creación divina (teoría de los dos reinos), y por otra, la correspondencia entre la esencia divina y humana (teoría de la “analogía del ente”).

Esto es válido para una parte de la Teología protestante así como también para la vieja doctrina católica. “El sentido de la pena reside” para *Althaus*³⁶ “en sí misma como manifestación de validez del orden eterno y frente al infractor del Derecho”. Para *Trillhaas*³⁷ el sentido de la pena “reside en la idea de expiación, sin consideración a los fines, orientada exclusivamente al bien mismo, y válida sólo para el autor ya que sólo mira hacia éste”. Clara es, sobre todo, la advertencia acerca de la teoría de la “analogía del ente” en un mensaje del Papa Pío XII al IV Congreso Internacional de Derecho penal celebrado en Roma en el año 1953: “Mais le Juge suprême, dans son jugement final, applique uniquement le principe de la rétribution. Celui-ci doit donc certes posséder une valeur quie n'est pas négligeable”³⁸.

4. Como **crítica** a las teorías absolutas debe aducirse que la realización de la moral absoluta sobre la tierra no es una misión del Estado, y que por sus fines y medios de poder tampoco puede serlo. La mayoría del injusto realmente cometido queda, según es conocido, sin castigar. Para la coacción estatal, con la aplicación

³³ Vid. *H. Mayer*, *Engisch-Festschrift* pág. 77; *Seelmann*, *JuS* 1979, págs. 687 ss.

³⁴ *Hegel*, *Rechtsphilosophie* § 99.

³⁵ *Hegel*, *Rechtsphilosophie* § 100. A él se han adherido especialmente los maestros de la posterior Escuela Clásica del Derecho penal, vid. *Binding*, *Abhandlungen* Tomo I pág. 85; *Beling*, *Die Vergeltungsidee* págs. 19 ss. Críticamente acerca del supuesto alejamiento de la realidad por Hegel, *Flechtheim*, *Hegels Strafrechtstheorie* págs. 91 ss.; sobre su postura político-ideológica págs. 122 ss.

³⁶ *Althaus*, *Die Todesstrafe* pág. 21.

³⁷ *Trillhaas*, *Zur Theologie der Strafe* pág. 48. La iglesia evangélica se muestra hoy estrictamente en contra de la retribución, vid. *EKD-Denkschrift “Strafe”* págs. 57 ss. 77 ss. En la línea de las teorías relativas de la pena se encuentra la postura de *Ratschow*, *Vom Sinn der Strafe* pág. 110, dirigida a la concepción de la pena en la Gran Comisión de Derecho penal.

³⁸ *Botschaft Papst Pius XII.*, *ZStW* 66 (1954) pág. 14.

de la pena únicamente puede tratarse de mantener la convivencia pacífica y segura de las personas a través de la coacción jurídica. Precisamente por ello, la pena no es impuesta siempre y en todo caso donde debe hacerse justicia, sino únicamente cuando ello es inevitable en interés de la protección de la sociedad. Hay que destacar, además, que en las teorías absolutas de la pena en absoluto se reconoce a la persona como un ente necesitado de ayuda, repetidamente maltratado y débil ante las tentaciones; en verdad se trata a la persona justamente, pero con una frialdad glacial. La verdad duradera de las teorías absolutas consiste en que sólo puede aspirarse a la protección de la sociedad por medio de la pena, en la medida en que ello sea necesario y *siempre de un modo justo*.

IV. Teorías relativas de la pena

Las **teorías relativas de la pena** adoptan una posición absolutamente contraria a las absolutas. De acuerdo con aquéllas la pena no está destinada a la realización de la justicia sobre la tierra, sino que sirve exclusivamente para la protección de la sociedad. La pena no es un fin en sí mismo, sino que es tan sólo un medio cuya finalidad es evitar acciones punibles futuras (*"poena relata ad effectum"*). Las bases ideológicas de las teorías relativas de la pena son las teorías del Estado humanitario de la Ilustración, el reconocimiento de la concepción determinista de todo comportamiento humano, la creencia también en la capacidad educativa del adulto a través de una adecuada influencia pedagógico-social, el rechazo de cualquier intento metafísico de explicar el problema de la vida social y la subestimación de la justicia como necesidad básica de la persona. En las teorías relativas de la pena confluyen, pues, derroteros ideológicos de carácter humanitario, social, racional y utilitarista.

1. La **idea de la prevención como función de la pena** no está alejada de la antigua filosofía orientada hacia el bienestar común.

Y así, el *"sed ne peccetur"* de *Hugo Grotius* se remonta a unas famosas palabras que Platón pone en boca de Protágoras: "Quien piensa en castigar de modo razonable, no lo hace por el injusto ya cometido...sino con la voluntad futura de que ni el autor mismo vuelva a cometer el injusto, ni tampoco los demás que ven cómo aquél es castigado"³⁹.

El impulso para la superación de la situación de abandono en la que se encontraba el pensamiento de la prevención por la praxis penal común de los siglos

³⁹ Plato, Protágoras pág. 76.

XVII y XVIII, lo dio la **teoría del Estado del Derecho natural**⁴⁰ y la **Ilustración** con su lucha por una configuración racional y humana de las relaciones en la Justicia penal (*Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Karl Friedrich Hommel, Joseph v. Sonnenfels*⁴¹). En la literatura francesa de la Ilustración fue ya *Montesquieu* quien colocó la finalidad preventiva en la cumbre de las funciones de la pena y condujo a *Voltaire* a librar su valiente batalla contra las irregularidades de la Justicia penal del Antiguo Régimen, con la pretensión de que la pena se adecuara a los principios de humanidad, proporcionalidad y utilidad. La apertura de la conciencia de la Humanidad a los problemas de la Política criminal hay que agradecerla a la ya clásica obra del milanés *Cesare Beccaria* "Dei delitti e delle pene" (1764)⁴², en la que por primera vez fue desarrollado un programa cerrado de reforma del Derecho penal orientado a la prevención. En Inglaterra *Jeremy Bentham* fundó su Ética utilitarista sobre el "greatest happiness principle", deduciendo de él una Política criminal rigurosamente lógica construida de modo racional⁴³. En Alemania fue Prusia quien, bajo el reinado de *Federico el Grande*, asumió el papel de guía de la nueva configuración de la Política criminal. La nueva teoría de la prevención especial fundada por *Stübel*⁴⁴ se abrió paso a través de *Klein y v. Grolman*⁴⁵ en el Derecho territorial común de 1794⁴⁶.

2. Las teorías de la pena de los siglos XVII y XVIII ya habían estado determinadas por el pensamiento de la prevención, pero fue por primera vez *Paul Johan Anselm v. Feuerbach* (1775-1833), el más grande de los criminalistas alemanes de la primera mitad del siglo XIX, quien diferenció de modo teórico y con gran claridad entre prevención especial y general. Él condujo a la teoría de la pena de la Ilustración a su punto álgido al vincular la prevención general con la amenaza de la pena, colocándola en el centro de gravedad de su sistema⁴⁷. *Feuerbach* ya no conectó con la teoría clásica de la utilidad de *Beccaria* y *Bentham*, sino que intentó

⁴⁰ Acerca de la teoría de la pena del viejo Derecho natural, especialmente en Tomás de Aquino, vid. *Villey*, Archives de philosophie du droit 28 (1983) págs. 181 ss.

⁴¹ Sobre Hommel y v. Sonnenfels *Cattaneo*, Strafrechtsphilosophie der deutschen Aufklärung pág. 25.

⁴² Su vida y obra son ampliamente expuestas en el material del Congreso *Centro Nazionale "Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy"*, 1990.

⁴³ Vid. *Hepp*, J. Bentham's Grundsätze der Criminalpolitik págs. 5 ss.

⁴⁴ Vid., al respecto, *Abrendts*, Christoph Carl Stübel's Straftheorie págs. 14 ss.

⁴⁵ Vid. *Cattaneo*, Karl Grolman págs. 278 ss.

⁴⁶ *Eb. Schmidt*, Die Kriminalpolitik Preußens págs. 42 ss.

⁴⁷ *Radbruch*, P.J.A. Feuerbach págs. 44 ss.; *Cattaneo*, Anselm Feuerbach págs. 501 ss.; *Kipper*, Feuerbach págs. 26 ss.

tender un puente hacia la Ética kantiana⁴⁸. La *amenaza* penal debería producir la “**prevención general a través de la coacción psicológica**”, mientras que la *imposición* de la pena solamente debería hacer evidente su seriedad.

“La...preocupación del Estado...aspira a que quien posee inclinaciones inciviles (antijurídicas) le sea impedido poder determinarse realmente conforme a ellas”⁴⁹. “De este modo deben ser evitadas las infracciones jurídicas, ya que junto a la coacción física debe existir otra que preceda a la transgresión...y una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de naturaleza psicológica”⁵⁰. La teoría de la pena de Feuerbach poseía un indiscutible núcleo de verdad y practicabilidad enfrentándose, simultáneamente, a la forma de pensamiento liberal de su tiempo. Y así, pudo superar con rapidez las aportaciones preventivo-especiales del absolutismo ilustrado, sobre todo porque éstas habían permanecido hasta entonces de modo ampliamente especulativo. Junto con el Código penal francés de 1810, la teoría de la pena de Feuerbach, que sirvió de base para el StGB bávaro de 1813, fue decisiva para la legislación de todo el siglo.

3. El destino de las teorías de la pena preventivo-especiales procedentes de la época del Derecho territorial común prusiano quedó durante largo tiempo sellado hasta que, casi doscientos años después, *Franz v. Liszt* (1851-1919)⁵¹ fundara una nueva teoría preventivo-especial que ha tenido una gran influencia internacional como modelo de pensamiento y ha originado un profundo cambio en la configuración del sistema de sanciones del Derecho penal alemán⁵². v. Liszt situó de nuevo al Derecho penal en relación con una Política jurídica orientada de acuerdo con puntos de vista racionales, en la que el “**pensamiento de la finalidad**” debía ser el portador del avance jurídico. Y así, partiendo de los interrogantes propios de la realidad de la criminalidad, se dejó llevar por los métodos de investigación empírico-causales de las modernas Ciencias de la Naturaleza que en aquel tiempo encontraron acomodo en la Ciencia jurídica, comprobó las deficiencias del entonces Derecho vigente según los resultados de la estadística criminal y consi-

⁴⁸ Naucke, Kant und die psychologische Zwangstheorie págs. 43 ss. Acerca de la conexión entre la teoría de la coacción psicológica y el principio de legalidad en Feuerbach Naucke, ZStW 87 (1975) págs. 880 ss. Sobre el desarrollo posterior de la teoría de la pena de Feuerbach Helga Müller, Der Begriff der Generalprävention im 19. Jhdt., 1984.

⁴⁹ Feuerbach, Revision Teil I pág. 43.

⁵⁰ Feuerbach, Lehrbuch 3.^a Ed. págs. 14 ss.

⁵¹ Una biografía de este gran criminalista alemán de la segunda mitad del siglo XIX fue realizada por Eb. Schmidt, en: Die großen Deutschen Tomo V pág. 407; vid., además, Jescheck, (Ed.) Franz v. Liszt zum Gedächtnis, 1969, así como *el mismo*, Klug-Festschrift Tomo II págs. 257 ss.

⁵² Vid. la ponderada exposición del punto de vista preventivo-especial que realiza Kohlrausch, Mitt IKV Tomo 3 págs. 5 ss. En relación al presente Allg. Teil I § 3 núms. 11 ss. En torno a la problemática constitucional Kaiser, SchwJZ 1984, págs. 329 ss.

deró a la Política criminal como un sector de la Política social (*positivismo*)⁵³. Su concepción político-criminal fundamental la formuló en el conocido Programa de Marburgo “La idea del fin en Derecho penal”⁵⁴.

Las afirmaciones esenciales rezan del siguiente modo: “La pena correcta, esto es, la justa, es la pena necesaria. La justicia en Derecho penal es la observancia del marco penal establecido, por medio de la idea del fin”. La misión de la pena es, según lo afirmado, dar un «escarmiento» (*Denkzettel*) al delincuente ocasional no necesitado de corrección para disuadirle de cometer más delitos, resocializar al delincuente habitual corregible a través de su educación durante la ejecución de la pena y neutralizar al incorregible sometién-dole por tiempo indeterminado a la «servidumbre» de la pena (*Strafknechtschaft*). Con esta concepción se unían necesariamente las penas cortas de prisión, pedagógicamente ineficaces pero dañinas para el reo, y los esfuerzos por mejorar la ejecución de la pena. v. Liszt también era consciente, sin embargo, de los riesgos para la seguridad jurídica de una Política criminal determinada por caracteres puramente preventivos: el *Derecho* penal debía, por ello, permanecer como “la barrera infranqueable de la Política criminal” (la “Carta Magna del delincuente”)⁵⁵. Una dogmática penal rigurosamente objetiva debía facilitar, asimismo, la conexión entre la finalidad de la pena y el Estado de Derecho⁵⁶. En Alemania, la *moderna Escuela de Derecho penal* (sociológica) se concentró en torno al Programa político-criminal de Franz v. Liszt (*Ernst Delaquis, Eduard Kohlrausch, Moritz Liepmann, Gustav Radbruch, Max Grünhut, Eberhard Schmidt*).

4. Sobre la base del positivismo, y casi al mismo tiempo, surgieron también en **otros países europeos** movimientos político-criminales que intentaron extrapolar al Derecho penal las consecuencias derivadas de las convulsiones morales, económicas y sociales de la segunda mitad del siglo XIX⁵⁷. Este desarrollo tuvo importantes consecuencias en *Italia* cuya influencia irradió especialmente a Sudamérica⁵⁸. En

⁵³ Acerca de la visión del mundo por el positivismo vid. con más detalle *Welzel*, *Naturalismus und Wertphilosophie* págs. 1 ss.; además, *Engisch*, *MSchrKrim* 1934, pág. 35.

⁵⁴ v. *Liszt*, *ZStW* 3 (1883) pág. 1; además, *el mismo*, en: *Ausätze* Tomo I pág. 126. Al respecto vid. las contribuciones al Centenario del Programa de Marburgo de *Naucke, Frisch y Müller-Dietz*, *ZStW* 94 (1982) págs. 525, 565 y 599.

⁵⁵ v. *Liszt*, *Ausätze* Tomo II pág. 80.

⁵⁶ Más detalladamente sobre la cuestión *Georgakis*, *Geistesgeschichtliche Studien* págs. 50 ss.

⁵⁷ Así en Francia la “Ecole pénitentiaire” (*Lucas*) y la “Société Générale des Prisons” (1877) así como la entonces influyente teoría de *Saleilles*, *L’individualisation de la peine* págs. 51 ss.; en Suecia *Thyrén*, *Prinzipien einer Strafgesetzreform* págs. 19 ss.; en España *Dorado Montero*, *El derecho protector de los criminales* Tomo I págs. 281 ss. (acerca de él *Jiménez de Asúa*, Tomo I págs. 872 ss.). Acerca de la historia de la pena de prisión en el s. XIX *Jescheck*, *Die Freiheitsstrafe* Tomo III págs. 1955 ss.

⁵⁸ Vid. sobre ello y acerca de la doctrina sudamericana actual más orientada hacia Alemania, *Jescheck*, *Heinitz-Festschrift* págs. 717 ss.

el país citado, el psiquiatra *Cesare Lombroso* (1835-1909)⁵⁹ hizo pública su famosa tesis según la cual las causas del delito habría que buscarlas en determinadas cualidades innatas de la persona ("delincuente nato"), mientras que el jurista *Enrico Ferri* (1856-1929)⁶⁰, fundador de la "Scuola Positiva" e incansable guerrero de las reformas sociales en Italia, situó el peso específico de los factores sociales en el origen del delito. De ambas aportaciones se dedujeron consecuencias preventivo-especiales de rico y amplio alcance para la configuración de la pena⁶¹. Las conexiones internacionales de los partidarios de la Escuela moderna configuraron rápidamente una sólida estructura organizativa: en 1889 *Franz v. Liszt* fundó, conjuntamente con el belga *Adolphe Prins* y el neerlandés *G.A. van Hamel*, la Asociación Internacional Kriminalística (IKV)⁶²; que hasta la Primera Guerra Mundial desarrolló una significativa eficacia científica y propagandística en el sentido de una nueva Política criminal y cuya labor fue continuada a partir de 1924 por la Asociación Internacional de Derecho penal ("Association Internationale de Droit Pénal")⁶³.

Actualmente, el Programa político-criminal de la Escuela moderna es continuado sobre todo por la *Sociedad Internacional para la Defensa Social* ("Société Internationale de Défense Sociale") que fue fundada en el año 1947 por el italiano *Filippo Gramatica*. Su corriente más radical quiso sustituir al delito por la antisocialidad, la culpabilidad por la peligrosidad y la pena por la medida de seguridad⁶⁴. Sin embargo, hoy en día es decisiva la dirección de la sociedad impulsada por *Marc Ancel* (1902-1990) que reconoce el principio de culpabilidad y la responsabilidad de la persona, pero que quiere dotar a la Administración de Justicia penal de un espíritu profundamente humanitario, de modo que pueda ser alcanzada de la mejor forma posible su función de restablecimiento del reo a la sociedad, en colaboración con las modernas Ciencias del ser humano⁶⁵.

⁵⁹ En relación con la influencia posterior de Lombroso vid. *di Tullio*, La Scuola positiva 64 (1959) pág. 495.

⁶⁰ La principal obra de *Ferri* es *I nuovi orizzonti*, 1881. Sobre él *Graven*, La Scuola positiva 58 (1953) pág. 394.

⁶¹ Las mismas encontraron su reflejo en el Anteproyecto de Código penal italiano de 1921, La Scuola positiva, N.F. I (1921) pág. 1.

⁶² En torno a la IKV y sus principales defensores vid. *Erinnerungsheft* de la Rev int dr pén 1951 núms. 2/3 en el 100. Geburtstag Franz v. Liszts, además, *Jescheck*, ZStW 92 (1980) págs. 997 ss., así como *Bellmann*, Die Internationale Kriminalistische Vereinigung, 1994. Críticamente, *Radzinowicz*, The Roots of the IACL, 1991.

⁶³ Sobre la AIDP *Cornil*, ZStW 87 (1975) págs. 438 ss.; *Jescheck*, ZStW 92 (1980) págs. 1006 ss. Una visión de conjunto acerca de su influencia la proporciona *Burgstaller*, ZStW 102 (1990) pág. 637.

⁶⁴ *Gramatica*, Principi di difesa sociale 1961.

⁶⁵ Vid. el viejo "Programme Minimum" de la Défense Sociale en: Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale 1955, núm. 1, en idioma alemán, ZStW 66 (1954) pág. 646. Acerca

5. La **crítica** a las teorías relativas de la pena exige distinguir entre prevención general y especial. A la *prevención general* le falta la escala para la determinación de la magnitud de la pena a imponer cuando no se la limita por medio del principio de culpabilidad, pues podría aceptarse que una pena cuanto más rigurosa es, más efectos disuasorios despliega. En realidad, no es su posible severidad sino la pena justa en su relación con el contenido de injusto del hecho y con la culpabilidad del autor, la que puede influir sobre la conciencia jurídica de la colectividad con una "fuerza configuradora de las costumbres". La prevención general como un simple medio de intimidación causa más daño que beneficio.

Por el contrario, a la *prevención especial* le es objetable en primer lugar que la pena, consecuentemente, debería ser sustituida por medidas de seguridad terapéuticas, pues si en la Administración de Justicia penal sólo se tratara de la resocializar al delincuente, la desaprobación ética del hecho inherente a la pena tendría tan poco sentido como la reprobación de una enfermedad. Además, en casos fronterizos la prevención especial conduce a resultados que serían insoportables para la conciencia jurídica de la colectividad⁶⁶. Por una parte, el autor de un delito grave que es descubierto años más tarde perfectamente integrado socialmente como, por ejemplo, el asesino de un campo de concentración integrado en un sistema criminal o el marido que para salvar el honor de su mujer ha cometido falso testimonio, deberían quedar completamente impunes pues en ninguno de estos casos se requiere una resocialización; pero, por otra parte, un delincuente reincidente a causa de un hecho leve pero sintomático de su inclinación criminal, debería ser sometido a una medida de seguridad profundamente terapéutica o de aseguramiento, que en ningún caso se correspondería con la entidad del hecho cometido. Además, una prevención especial consecuente debería conducir a medidas predelictuales, pues desde este punto de vista no se comprende por qué debe esperarse por parte del Estado a la comisión de un hecho punible con anterioridad a su intervención preventiva. Finalmente, nos encontramos con el gran interrogante de si en la ejecución de la pena puede ser practicada una educación eficaz en adultos o si, en la mayoría de los casos, no sería mejor para la resocialización del delincuente que el Estado renunciara al castigo y se limitara a la asistencia social.

de la situación actual de la Defensa Social como un movimiento moderno de la Política criminal sin planteamientos radicales, *Ancel*, La défense sociale nouvelle págs. 243 ss.; *el mismo*, Cahiers de défense sociale 1986 págs. 17 ss.; *Jescheck*, Blau-Festschrift págs. 425 ss.; *el mismo*, Cahiers de défense sociale 1986, págs. 40 ss.; acerca de la vida y obra de Marc Ancel, *el mismo*, ZStW 103 (1991) pág. 517. El nuevo desarrollo de la Defensa Social es desconocido por *Hassemer*, Einführung pág. 28, 310 nota a pie núm. 85.

⁶⁶ *Bockelmann*, Schuld und Sühne págs. 17 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 7.

V. Las teorías de la unión

Las **teorías de la unión** intentan situarse entre las teorías absolutas y relativas, naturalmente no a través de la simple suma de sus ideas básicas y contradictorias, sino por medio de una reflexión práctica que permita a la pena desarrollar la totalidad de sus funciones en su aplicación real frente a la persona interesada y a la colectividad; lógicamente ello depende de una conjugación ponderada de la totalidad de los fines de la pena (método dialéctico)⁶⁷. Además, en los casos de inevitables “antinomias de los fines de la pena” debe darse preferencia en el caso concreto a uno u otro principio, con lo que la medida de la culpabilidad tiene que constituir siempre el punto de orientación. Así pues, se aúnan la prevención general y la retribución en la experiencia de que sólo una pena justa adecuada a la culpabilidad disuade y educa en un sentido social-pedagógico; de esta forma la retribución nunca se entenderá como simple mortificación del reo, sino siempre como una posible intervención adecuada que debe reconciliar al autor con la sociedad a través de una compensación medida por su culpabilidad; de modo que toda pena debe, en su configuración, actuar de modo resocializador (§ 46 I 2) en la medida en que ello sea necesario y posible, por lo que con tal finalidad también pueden ser llevadas a cabo rebajas en la extensión de una pena merecida y rigurosa para no dificultar al autor el camino de la reinserción y sin que desde luego la sanción pueda perder su relación con la culpabilidad como fundamento (§ 46 I 1). Por el contrario, la pena adecuada a la culpabilidad nunca puede ser sobrepasada por motivos preventivos de carácter general o especial. La teoría de la unión está caracterizada, según ello, por un concepto de pena pluridimensional que se orienta al pensamiento de la retribución aunque sin ceñirse sólo a ella (vid. *infra* § 82 IV 6).

1. Las teorías de la unión han surgido como resultado de una larga lucha política y científica. Frente a las exigencias radicales de la Escuela moderna se levantaron las fuerzas conservadoras de la doctrina penal alemana⁶⁸ que se agruparon en torno a la escuela clásica de *Binding* (1841-1920)⁶⁹, v. *Birkmeyer* y *Kahl*. La **lucha de escuelas** trajo consigo una amarga hostilidad literaria hasta los tiempos de la República de Weimar⁷⁰ y terminó con anterioridad a 1933, cuando el Estado totalitario con su rápida y totalitaria aplicación del Derecho penal privó de base alguna

⁶⁷ *Nohl*, Die Erziehung 1 (1926) págs. 29 ss.; *Roxin*, JuS 1966, pág. 387.

⁶⁸ Característico es, por ejemplo, el subtítulo de la obra discutida de v. *Birkmeyer*, “Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig?” («¿Qué queda de v. Liszt en Derecho penal?») que reza: “Eine Warnung vor der modernen Richtung im Strafrecht” («Una advertencia ante la dirección moderna del Derecho penal»).

⁶⁹ Existe una biografía elaborada por *Westphalen*, Karl Binding, 1989.

⁷⁰ Vid., más detalladamente, *Seidl*, Der Streit um den Strafzweck págs. 46 ss.; *C. Bohnert*, Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit, 1992.

a ambas direcciones. Sin embargo, ya en el punto álgido de la lucha de escuelas se buscaron puntos de acuerdo para poder satisfacer las necesidades prácticas de la Administración de Justicia penal⁷¹, siendo el primero en hacerlo *Adolf Merkel* con la relativización de sus aspectos contrarios y resaltando su común denominador⁷². La “pena retributiva”, se argumenta desde entonces, no está suspendida libremente en el espacio de la filosofía especulativa sino que tiene que cumplir una función social como una realidad de la vida del condenado y de la comunidad que, por lo general, la justifica previamente. Preserva el Ordenamiento jurídico, satisface el sentir normativo de la colectividad y, con ello, asegura de la mejor forma posible la protección de los bienes jurídicos. El autor recibe lo que él mismo puede experimentar como justo, es advertido y, en la medida de lo posible, también educado. La pena justa —y sólo ella— sirve así tanto para la disuasión de la colectividad y la consolidación de su conciencia jurídica, como para la intimidación y educación del autor mismo. Asegura la protección del Ordenamiento jurídico por medio de una posible intervención medida en la que la culpabilidad y magnitud de la pena se encuentren en una relación ponderada. El “fin de la pena” posee su legitimación en el objetivo dominante del moderno Derecho penal: la prevención del delito; pero esta meta sólo puede ser alcanzada si se corresponde con las exigencias de la justicia. En la reforma del Derecho penal la consideración de los efectos de la pena sobre la vida futura del reo en la sociedad y la idea de la ayuda social anudada a la pena, han pasado a estar en un primer plano (vid. §§ 47, 56 ss., 57, 59 ss., 68 ss. StGB; § 2 StVollzG) sin desterrar los otros fines de la pena (§ 46 I). En esta línea camina hoy la doctrina dominante en Alemania⁷³. También en el extranjero se defienden las teorías de la unión con numerosos matices⁷⁴.

⁷¹ Vid., por ejemplo, *Nagler*, GS 70 (1907) pág. 10; *Liepmann*, ZStW 28 (1908) pág. 1.

⁷² *A. Merkel*, Abhandlungen Tomo I págs. 10 ss y Tomo II págs. 695 ss.

⁷³ Vid. con anterioridad, *v. Hippel*, Tomo I págs. 487 ss.; *Mezger*, Materialien Tomo I pág. 2; en la actualidad, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 15 ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 196 ss.; *Bockelmann*, Ev. Staatslexikon pág. 2245; *Dreher*, Gerechte Strafe págs. 127 ss.; *Lenckner*, Strafe pág. 18; *LK (10.ª) (G. Hirsch)* § 46 núms. 12 ss.; *Arthur Kaufmann*, Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 431; *Lackner*, § 46 núm. 1; *Maurach/Zipf* Allg. Teil I § 7 núm. 28; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 33; *Müller-Dietz*, Strafbegriff págs. 111 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 52 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar 11 ss. antes del § 38; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 28 ss. (haciendo énfasis en la prevención especial); *Welzel*, Lehrbuch págs. 238 ss. A favor de una “teoría de la unión preventiva” en la que el principio de culpabilidad es sólo “medio delimitador de la intervención”, *Roxin*, Allg. Teil I § 3 núms. 36 ss. El concepto funcional de culpabilidad de *Jakobs*, Allg. Teil 17/22 se orienta completamente hacia “las exigencias de la finalidad de la pena para una sociedad con una Constitución determinada”, lo que también legitimaría la Política criminal de una dictadura dirigida a la mera intimidación, si ésta estuviera amparada por la Constitución (*positivismo extremo*) (vid. infra § 82 IV 2).

⁷⁴ A favor de la teoría de la unión en Austria, *Burgstaller*, Sinn und Zweck pág. 55; *Rittler*, Tomo I pág. 3; *Leukauff/Steininger*, § 32 núms. 5 y 9 y *WK (Platzgummer)* nota preliminar 5 antes

2. El concepto de pena de la teoría de la unión coincide también con el del **Derecho vigente**. Impregnado por el espíritu liberal de la primera mitad del siglo XIX, el RStGB de 1871 enlazó las ideas retribucionistas de *Kant* y *Hegel* con la teoría de la prevención general de *Feuerbach*. “La prevención general a través de una retribución justa” fue el pensamiento director en el momento de su nacimiento. Con la introducción de medidas de seguridad de aseguramiento y corrección en el año 1933 el carácter retributivo de la pena siguió siendo subrayado, pues las especiales necesidades preventivo-especiales de la Administración de Justicia penal que no podían ser cumplidas con aquélla si permanecía limitada a su función retributiva, serían satisfechas a partir de ahora por este camino. También fue posibilitada y aplicada constantemente en la praxis, una reducción del contenido global de la culpabilidad por el hecho mediante la suspensión condicional de la pena, la libertad condicional y la pena sustitutiva de multa (§ 27 b en su anterior redacción). El Derecho positivo actual se ha situado en el § 46 I sobre la base de la teoría de la unión, puesto que en su inciso primero erige a la culpabilidad en el fundamento de la determinación de la pena, mientras que en el segundo exige la toma en consideración de los efectos previsibles de la pena para la vida futura del delincuente en la sociedad (vid. *infra* § 82 IV 4)⁷⁵. Sin embargo, la preven-

del § 18; en Suecia *Agge/Thornstedt*, Das schwedische Strafrecht págs. 259 ss. y *Jareborg*, Essays pág. 119; en Suiza *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 18 ss.; *Schultz*, Einführung I págs. 42 ss. y *Forster*, SchwZStr 101 (1984) págs. 261 ss.; en Italia, *Pagliari*, Principi págs. 668 ss. y *Fiandaca/musco*, Diritto penale págs. 529 ss.; en Francia *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 407; *Merle/Vitu*, Traité n. 608; en Bélgica *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núm. 422; *Tulkens/van de Kerchove*, Introduction págs. 319 ss.; en España, *Antón Oneca*, Derecho penal Tomo I págs. 477 ss. y *Cerezo Mir*, Curso págs. 25 ss.; en los Países Bajos *Pompe*, Handboek pág. 7 y *Hazewinkel-Suringa/Rommeling*, Inleiding págs. 914 ss.; en Inglaterra *Smith/Hogan*, Criminal Law pp. 5 ss.; en Brasil *Fragoso*, Lições págs. 334 ss. así como *da Costa jr.*, Comentários, art. 59 núms. 2 ss. Vid., además, las deliberaciones del VI Congreso Internacional de Derecho penal celebrado en Roma en: Association Internationale de Droit Pénal, VI Congrès International, 1957, págs. 226 ss. Permanecen rigurosamente sobre la base de la retribución *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 797 ss. y *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 887, mientras que *Mir Puig*, Derecho penal págs. 66 ss. otorga preferencia a la prevención. Defiende una teoría de la unión deducida del principio de culpabilidad (desert) y la intimidación (deterrence) *u. Hirsch*, Doing justice págs. 45 ss.; *el mismo*, Past or Future Crimes págs. 47 ss.

⁷⁵ Entienden el § 46 I en el sentido de una teoría de la unión equilibrada, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 15 ss.; *Blei*, Allg. Teil págs. 424 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 8 ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 311 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 3; *Müller-Dietz*, Strafzwecke pág. 20; *Lackner* § 46 núm. 1; *el mismo*, Gallas-Festschrift págs. 123 ss.; *Arthur Kaufmann*, Wassermann-Festschrift págs. 889 ss.; *Lenckner*, Strafe pág. 13; *Maiwald*, Moderne Entwicklungen pág. 300; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 6 núm. 42; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núms. 3 ss. En el sentido de una síntesis, también la “teoría dialéctica” de *Roxin*, JuS 1966, págs. 377 ss. y Allg. Teil I § 3 núm.

ción general no ha encontrado una mención expresa en la Ley penal, excepción hecha de los §§ 47 I, 56 III, 59 I núm. 3, en los que aparece el angosto concepto de la “defensa del Ordenamiento jurídico”. Por ello, se habrá de concluir que el legislador ha presupuesto tácitamente la reafirmación del Derecho como finalidad autónoma de la pena y que para la prevención general tanto positiva como negativa, considera suficiente el efecto de una pena justa por su adecuación a la culpabilidad (vid. *infra* § 82 IV 7 b). El Derecho vigente ha reforzado la tendencia preventivo-especial mediante la introducción de una única pena de prisión (§ 38) y de la supresión de la pena por la reparación del daño (§ 46 a), la limitación de las penas cortas privativas de libertad (§ 47), la amplia configuración de la suspensión condicional de la pena (§§ 56-56 g) y de la libertad condicional (§§ 57, 57 a), así como con la desaparición de las penas dirigidas a la lesión del honor del condenado. Además, este desarrollo también se ha expresado en la reprensión con reserva de pena (§§ 59-59 c), la transformación de la pena de multa (§§ 40 ss.) y en la construcción del sistema de medidas de seguridad. El pensamiento básico del conjunto de esta regulación es un equilibrio ponderado entre la retribución de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial.

3. Asimismo, la **jurisprudencia de los Tribunales alemanes** sigue desde hace tiempo la teoría de la unión⁷⁶ e, incluso en los países en los que cuya doctrina penal está vinculada parcialmente al acento de la dirección preventivo-especial de la Défense social, la práctica ha permanecido fiel a la teoría de la unión⁷⁷.

“La gravedad y consecuencias del hecho, la personalidad del autor y su reinserción bajo la consideración de los fines de la pena, resultan decisivos para la clase y magnitud de la sanción” (BGH 20, 214 [216]). En la BGH 6, 125 (127), se enfatiza, junto con la retribución justa, a la prevención general como un fin de la pena legítimo. El castigo “no sólo debe servir para la expiación, sino también para prevenir infracciones penales futuras” (BGH 20, 264 [266 ss.]). Especialmente significativo es el punto de vista, en virtud del cual, los fines de la pena únicamente pueden ser perseguidos en el marco de

53, así como la “teoría del valor situacional” en *SK (Horn)* § 46 núms. 33 ss. Por el contrario, otros sitúan el centro de atención en la prevención especial dejando la retribución por la culpabilidad en un plano secundario; vid. *Calliess*, *Theorie der Strafe* págs. 186 ss.; *Horstkotte*, JZ 1970, pág. 123; *Stratenwerth*, *Tatschuld* pág. 31.

⁷⁶ Vid. la exposición de *Bruns*, *Strafzumessungsrecht* págs. 230 ss.

⁷⁷ Vid., en relación con Bélgica, Cass. v. 30. 6. 1949, *Pasicrisie* 1949 Tomo I pág. 483, así como *Tulkens/van de Kerchove*, *Introduction* págs. 318 ss.; en Francia, *Ancel*, *ZStW* 72 (1960) págs. 309 ss. Vid., además, sobre Inglaterra *Smith/Hogan*, *Criminal Law* pág. 6 (retribución justa como punto central de la Criminal justice Act 1991), así como *Glanville Williams*, *Textbook* págs. 38 ss.; para los EE.UU. 18 U.S. Code § 3553 (a) (2) (retribución por la culpabilidad, intimidación, protección colectividad y tratamiento del autor como fines de la pena que poseen el mismo rango).

una escala penal limitada por la culpabilidad. La pena tampoco puede “desprenderse hacia abajo en su contenido” “de su definición como una retribución justa por la culpabilidad” (BGH 24, 132 [134]). En especial, la imposición de una medida de seguridad no puede conducir a que quede por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad. “Pero la finalidad preventiva tampoco puede conducir a sobrepasar la pena justa (BGH 20, 264 [267]). Importante es, además, la afirmación de “que la pena no tiene por misión la retribución de la culpabilidad para dar cumplimiento a su propia voluntad, sino que sólo está justificada si, simultáneamente, se evidencia como un medio necesario para dar cumplimiento a la función de protección de carácter preventivo del Derecho penal” (BGH 24, 40 [42]). Vid., asimismo, BVerfGE 21, 391 (404): La pena criminal “es —sin perjuicio de su misión de intimidación y resocialización— retribución del injusto cometido”; BVerfGE 22, 132: “Toda pena está determinada en su esencia por la retribución”; BVerfGE 39, 1 (57): “El efecto a distancia de la norma penal es igual de importante que la reacción visible en el caso concreto...”; vid. también BVerfGE 28, 268 (291); 32, 98 (109); 45, 187 (253 ss.); 64, 261 (271)⁷⁸.

4. Finalmente, existe la posibilidad de relegar la justa retribución como **centro de gravedad** de la teoría de la unión a favor de la **prevención especial**, en aquellos casos en los que la antinomia entre los fines de la pena le otorguen preferencia a la misma. Una teoría de la pena de esta naturaleza sería justificable por la experiencia de que frente a determinados grupos de delincuentes (jóvenes, semiadultos y reincidentes), la limitación de la sanción penal a la culpabilidad por el hecho es político-criminalmente cuestionable, pues aquí se sitúa en un primer plano la necesidad de una influencia relacionada con la personalidad del autor. La especial necesidad educativa del delincuente en estos casos podría conducir a la aplicación de *penas de prisión de duración indeterminada* que se alargaran hasta que se consiguiera un resultado resocializador. Por este camino sería posible aspirar por medio de la pena misma a particulares objetivos preventivo-especiales, sin tener que recurrir al auxilio de la doble vía. Esta teoría, defendida siempre sólo por una minoría⁷⁹, no se ha impuesto —con razón— en Alemania pues con ella habría que renunciar al principio de culpabilidad como fundamento y límite de la pena y, de este modo, a una parte imprescindible de la seguridad jurídica. Precisamente a esta línea obedece la derogación de la

⁷⁸ Sobre el concepto de pena mantenido por el BVerfG, vid. *Volk*, ZStW 83 (1971) págs. 405 ss.

⁷⁹ Así, sobre todo por *u. Liszt/Schmidt*, pág. 23; *Eb. Schmidt*, SchwZStr 45 (1931) pág. 200; *el mismo*, ZStW 69 (1957) pág. 394, *Peters*, *Simmen der Zeit* 1956/57, 12; *el mismo*, *Protokolle* 4. Wahlperiode, 21. Sitzung de 26.5.1964, pág. 385; *Sieverts*, *Niederschriften* Tomo III págs. 34 ss.; *Württemberg*, *Materialen* Tomo I spág. 89. Anteriormente, también, *Jescheck*, *Niederschriften* Tomo I pág. 61.

pena indeterminada para jóvenes (anterior § 19 JGG) llevada a cabo por la 1. JGGÄG de 1990. En el extranjero la pena de prisión indeterminada sólo se ha abierto camino excepcionalmente⁸⁰. En los EE.UU. la condena indeterminada choca con una crítica creciente, pues se ha evidenciado terapéuticamente como un fracaso y menoscaba de modo flagrante la necesidad de seguridad jurídica de los presos⁸¹.

VI. La condena condicional

La condena condicional es, junto con la pena en sentido estricto y la medida de seguridad (vid. *infra* § 9), la **tercera fuente** sobre la que se construye la Política criminal moderna. Su tratamiento científico llevado a cabo en conexión con la pena está igualmente justificado, pues en la mayoría de los casos se trata formalmente de una sustitución de la ejecución de una pena de prisión.

El objetivo de la **condena condicional** no consiste en dejar sin reacción estatal la comisión de un injusto por razones de prevención general y especial, sino dejar de exponerlo a la ejecución de la pena y, en la medida en que ello sea necesario, suministrarle ayuda social. Este objetivo puede conseguirse de por *cuatro* caminos distintos.

1. Como primera posibilidad aparece la *retirada provisional del ejercicio de la acusación pública* por la comisión de un delito menos grave (§ 153a I StPO) donde, aunque en realidad se abre el proceso penal, sin embargo éste es sobresido provisionalmente con la aprobación del Tribunal y del acusado (la aprobación del Tribunal no se requiere para delitos menos graves de escasa importancia en los que no se sube el límite mínimo de la pena, vgr. § 242 a diferencia del § 244). Simultáneamente, el Ministerio Fiscal concede al acusado distintas obligaciones o instrucciones en relación con la reparación del daño, el pago del importe de una multa (en beneficio de instituciones de utilidad colectiva o del erario público), el suministro de otras

⁸⁰ El internamiento indeterminado conforme a la Ley belga de Defensa Social de 1964 está configurado expresamente, no como pena, sino como medida de seguridad, vid. *Cornil*, SchwZStr 83 (1967) pág. 7. Por el contrario, el Código penal griego de 1950 creado por *Chorafas* contiene la condena indeterminada para delincuentes habituales y profesionales (arts. 90-92); el Derecho inglés en la sección 28.^a de la Powers of Criminal Courts Act de 1973 la, en la práctica, igualmente indeterminada "extended sentence"; el Código penal portugués de 1982 en los arts. 83 ss. la pena de prisión indeterminada para delincuentes adictos al alcohol y a las drogas. En Derecho americano la condena indeterminada está en retroceso; vid. *Plagemann*, *Die Freiheitsstrafe in den USA* págs. 1623 ss.; *La Favel/Israel*, *Criminal Procedure* págs. 1088 ss. Para una visión global, *Jescheck*, *Freiheitsstrafe* págs. 2033 ss.

⁸¹ Fundamento *Morris*, *The of Imprisonment*, 1974; *von Hirsch*, *Doing Justice*, 1976.

prestaciones de interés común o el cumplimiento de deberes de alimentos. Como compensación, estas prescripciones deben poseer el suficiente peso que les otorgue la idoneidad para hacer desaparecer el interés público en la persecución penal; no obstante, la gravedad de la culpabilidad no puede ser un obstáculo. Si el acusado cumple con lo ordenado dentro del plazo máximo de seis meses que le concede el Ministerio Fiscal (para deberes de alimentos el plazo máximo se eleva a un año), el proceso penal será sobreseído definitivamente y el hecho no podrá ser perseguido ya más ni como delito menos grave ni tampoco como infracción administrativa (OLG Frankfurt NJW 1985, pág. 1850). Competencias similares posee el Tribunal tras el ejercicio de la acusación pública (§ 153a II StPO). Una forma más amplia de retirada de la persecución penal ha sido introducida para casos de drogodependientes cuando el acusado se somete a tratamiento (§ 37 BtMG).

El importante archivo provisional del proceso penal como medio de discriminización ha sido introducido a través de la EGStGB de acuerdo con el modelo americano ("diversion", "pre-trial probation")⁸² y belga ("classement sans suite surveillé"), a pesar de que en muchos de estos casos no está prevista la asistencia vigilada⁸³. Deben hacerse valer las objeciones contra este procedimiento, sobre todo a causa del traspaso de competencias sancionadoras al Ministerio Fiscal, aunque deben ser atribuidas al efecto deseado de evitar procesos penales innecesarios con una reacción estatal simultánea sobre el hecho sobre todo si, fuera de los supuestos de delitos menos graves de escasa importancia, el Ministerio Fiscal está vinculado a la aprobación del Tribunal⁸⁴. En el año 1989 fueron sobreseídos 250.000 procesos penales, de conformidad con el § 153 a

⁸² Vid. *Blau*, GA 1976, págs. 45 ss.; *P.-A. Albrecht*, Perspektiven und Grenzen polizeilicher Kriminalprävention págs. 18 ss.

⁸³ El archivo del proceso de acuerdo con el § 153 a StPO ha encontrado por distintas razones una crítica mayoritaria; vid. *Baumann*, Peters-Festschrift págs. 33 ss.; *Backes*, KritV 1986, pág. 315; *Dencker*, JZ 1973, págs. 144 ss.; *Hanack*, Gallas-Festschrift págs. 347 ss.; *Rudolphi*, ZRP 1976, pág. 168; *Schmidhäuser*, JZ 1973, págs. 529 ss.; *Walter*, ZStW 95 (1983) págs. 53 ss. Crítico también con anterioridad *Schaffstein*, Jescheck-Festschrift Tomo II, págs. 940 ss. Acerca de la aplicación específicamente sectorial del § 153 a StPO a los procesos penales por delitos económicos, *Kaiser/Meinberg* NSTz 1984, págs. 343 ss. Crítico también por el trato privilegiado a delincuentes con un gran nivel socio-económico *Hertwig*, Einstellung págs. 182 ss., 206 ss. Se ha comprobado la existencia de archivos del proceso con prestaciones de naturaleza pecuniaria en casos donde existían dificultades probatorias (pena por simples sospechas), *Hertwig*, Einstellung págs. 186 ss., 190 ss. Acerca del problema de los acuerdos (*Absprachen*) en el proceso penal en Derecho comparado *Jescheck*, Arthur Kaufmann-Festschrift págs. 672 ss., 674 ss.

⁸⁴ En este sentido, *Dreher*, Welzel-Festschrift pág. 933; *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) pág. 20; *Jung*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 121; *Herrmann*, ZStW 96 (1984) págs. 467 ss.; *Zipf*, Kriminalpolitik págs. 146 ss. Propuestas para la mejora del proceso pueden encontrarse en *Weigend*, KrimJ 1984, pág. 31. Una figura paralela en los Países Bajos consiste en la competencia para la transacción del Ministerio Fiscal; vid. *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 620 ss.

StPO, de los que aproximadamente 178.000 lo fueron por el Ministerio Fiscal y el resto por el Tribunal⁸⁵.

2. La "*probation*"⁸⁶, como segunda posibilidad, surgió del Derecho anglo-americano y consiste en una mera declaración de culpabilidad ("conviction") sin pronunciamiento de pena ("sentence"), enlazada con la imposición de determinados deberes y el sometimiento del reo bajo un oficial de prueba ("probation-officer"). Si el sometido a prueba ("probationer") lo merece, todo se limita a una declaración formal de culpabilidad. En caso contrario, la pena es impuesta teniendo en cuenta el comportamiento del condenado durante el período de prueba. La *probation* sólo existe en Alemania en forma de sustitución de la imposición de la pena en Derecho penal juvenil (§§ 27 ss. JGG). En el Derecho de adultos, una de las formas alemanas de condena condicional cercana a la *probation* es la reprensión con reserva de pena (§§ 59 ss.) que, sin embargo, rara vez es aplicada (vid. *infra* § 80 I 2). La auténtica *probation* existe en Derecho penal belga, así como en el Código penal francés de 1994 (art. 132-58)⁸⁷.

3. La tercera posibilidad de condena condicional es la "*sursis*" del Derecho penal franco-belga⁸⁸. Aquí no sólo es comprobada la culpabilidad, sino que también se falla la pena a imponer aunque su ejecución es suspendida condicionalmente. El sentido de la *sursis* reside sobre todo en que con ella, por motivos preventivo-especiales, son evitados los daños anudados a la ejecución de penas de prisión de corta y larga duración (por ejemplo, pérdida del puesto de trabajo, desintegración de la familia, desocialización a través de la prisión), mientras que el efecto preventivo-general de la declaración de la culpabilidad y de la pena (en conexión con las condiciones impuestas) queda resguardado en suficiente medida. La *sursis* es también aplicable a la pena de multa, aunque esta forma es desconocida por el Derecho alemán. La sustitución condicional de la ejecución con vistas a la completa redención de la pena, caso de superarse el período de prueba, proporciona la posibilidad especialmente eficaz, por medio de advertencias y condiciones idóneas y en especial a través del nombramiento de un ayudante durante el período de

⁸⁵ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Reihe 2: Gerichte und Staatsanwaltschaften 1990, 1993, págs. 74, 80, 82, 94 (las cantidades se refieren sólo a los antiguos Länder federales).

⁸⁶ Huber, Die Freiheitsstrafe in England págs. 224 ss. El Criminal Justice Act de 1991 completa la simple "probation order" por medio de distintas clases de "community order"

⁸⁷ Sobre otros países Jescheck, Freiheitstrafe págs. 2099 ss.

⁸⁸ Acerca de su historia, "Le Centenaire de la libération conditionnelle (1885-1985)", con aportaciones de Ancel, Fattah y Myriam Ezratty, en: Archives de politique criminelle, núm. 8, 1985 págs. 47 ss. Sobre el "*sursis*" en Bélgica Hennau/Verhaegen, Droit pénal général núms. 528 ss.; Dupont/Verstraeten, Handboek núms. 989 ss.

prueba, de movilizar planificadamente las fuerzas positivas del condenado para su propia resocialización. Los tres motivos siguientes han sido los que, desde finales del siglo XIX, han conducido al triunfo de la suspensión de la pena a prueba en el mundo: el suficiente aseguramiento de la prevención general por medio de la declaración de la culpabilidad y de la pena (bajo condiciones), la elusión de la ejecución de la pena de prisión (en especial, las de corta duración) y la apelación a la propia voluntad del reo bajo una instrucción adecuada ⁸⁹. En Alemania, la suspensión de la pena a prueba fue introducida por primera vez en el año 1953, y vinculada con la posibilidad de imponer condiciones y advertencias, así como de someter al condenado a un ayudante de prueba. A través de la reforma del Derecho penal, fue intensificada la suspensión de la pena a prueba como símbolo de la prevención especial y reforzado el significado de la asistencia durante el período de prueba (§§ 56-56g) (vid. *infra* § 79 I 1) ⁹⁰. La libertad condicional (§ 57) se muestra como contrapeso de la suspensión de la pena a prueba, aunque en cualquier caso ha sido asimismo ampliada (vid. *infra* § 79 II). En Derecho extranjero, como por ejemplo en Inglaterra, Países Bajos, Austria y Francia, existe además la suspensión de una parte de la pena en el fallo mismo de la sentencia ⁹¹. Una forma ampliada de la suspensión de la pena es el aplazamiento de la ejecución de ésta en los supuestos de drogodependientes (§ 35 BtMG) ⁹².

4. El cuarto y último camino de la condena condicional viene constituido por la *suspensión a prueba de medidas de seguridad de corrección y aseguramiento*. De este modo se posibilita, de forma similar a la pena de prisión, una ejecución ambulante que da al reo las fuerzas necesarias para su inserción en la comunidad, sin ponerlo en contacto con el mundo del establecimiento cerrado o sin mantenerlo en éste más del tiempo estrictamente necesario. La posibilidad de suspensión a prueba existe para el internamiento en hospital psiquiátrico o en establecimiento de desintoxicación (§ 67 b). Ejecutándose la pena de prisión de conformidad con el § 67 con anterioridad a la medida de seguridad, existe la posibilidad de la suspensión a prueba para todas las medidas de seguridad privativas de libertad, incluida la custodia de seguridad (§ 67 c I) (vid. *infra* § 77 VI 2 c).

⁸⁹ Sobre el Derecho comparado, *Dünkel*, BewH 1984, págs. 162 ss.; *Dünkel/Spieß* (Edrs.), *Alternativen zur Freiheitsstrafe*, 1983.

⁹⁰ Acerca de la ampliación de las sanciones ambulatorias, *Heinz*, *Jescheck-Festschrift Tomo II* págs. 955 ss.

⁹¹ *Zipf*, *Jescheck-Festschrift Tomo II* págs. 977, propone la asunción por el Derecho alemán de una suspensión parcial de la pena.

⁹² *Tröndle*, MDR 1982, pág. 1.

§ 9 Las medidas de seguridad

H.-J. Albrecht, Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik, MSchrKrim 1981, 310; *Beristain*, Medidas penales en el derecho contemporáneo, 1974; *Buchata*, Freiheitsentziehende Maßregeln im polnischen Strafrecht, ZStW 102 (1990) pág. 394; *Cornil*, Développements récents du droit pénal et du traitement des délinquants en Belgique, SchwZStr 83 (1967) pág. 1; *Dölling*, Die Zweiteilung der Hauptverhandlung (Einzelrichter und Schöffengericht), 1978; *Dreher*, Die Vereinheitlichung von Strafen und sicherenden Maßregeln, ZStW 65 (1953) pág. 481; *Eisenberg*, Kriminologie, 3.^a Ed., 1990; *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, Civitas 1970, pág. 27; *Enschedé/Rüter/Stolwijk*, Beginselen van strafrecht, 6.^a Ed. 1987; *Exner*, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914; *Frey*, Das Verhältnis von Strafe und Maßnahme, SchwZStr 66 (1951) pág. 295; *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht, 1983; *el mismo*, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990) pág. 343; *el mismo*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987) pág. 349; *el mismo*, Prognostisch fundierte Entscheidungen im Strafrecht, Recht und Psychiatrie 1992, pág. 110; *Frisch/Vogt* (Edrs.) Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis, 1994; *Germann*, Maßnamenrecht des schweiz. StGB, SchwZStr 73 (1958) pág. 44; *Sh.y E. Glueck*, Predicting Delinquency and Crime, 1959; *Haddenbrock*, Forensische Psychiatrie und die Zweispurigkeit usw., NJW 1979, pág. 1235; *Hall Williams*, Zwanzig Jahre Strafrechtsreform in England und Wales, SchwZStr 84 (1968) pág. 1; *Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951) pág. 57; *el mismo*, Die Individualisierung von Strafen und Maßnahmen, 1960; *Hellmer*, Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung, 1961; *Reinhard v. Hippel*, Reform der Strafrechtsreform, 1976; v. *Hirsch*, Doing Justice, 1976; *Hofstee*, TBR en TBS, 1987; *Horstkotte*, Die Vorschriften des 1. StrRG über den Rückfall usw., JZ 1970, pág. 152; *Jescheck*, Der Einfluß des schweizerischen Strafrechts auf das deutsche, SchwZStr 73 (1958) pág. 184; *el mismo*, Strafen und Maßregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 717; *Jorge Barreiro*, Las medidas de seguridad en el Derecho Español, 1976; *Kaenel*, Carl Stooß und das zweispurige System der Strafrechtsfolgen, SchwZStr 101 (1984) pág. 3; *Kaiser*, Neue Wege im Maßnahmenvollzug, ZStW 100 (1988) p.228; *el mismo*, Ist das Maßnahmensystem im Kriminalrecht noch zu retten? Festschrift für F. Pallin, 1989, págs. 183 ss.; *el mismo*, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990; *Kaiser/Dünnell/Ortmann*, Die sozialtherapeutische Anstalt-Ende einer Reform?, ZRP 1982, pág. 198; *Hilde Kaufmann*, Kriminologie III, 1977; *Kohlrausch*, Sicherungshaft, ZStW 44 (1924) pág. 21; *Leferenz*, Zur Problematik der kriminologischen Prognose, ZStW 68 (1956) pág. 233; *el mismo*, Die Kriminalprognose, en: *Göppinger/Witter*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo II, 1972, pág. 1347; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, ebenda, Tomo I, Parte A, 1972, pág. 3; *Mannheim*, Deutsche Strafrechtsreform in englischer Sicht, 1960; *el mismo*, Rückfall und Prognose, HWBKrim, Tomo III, 1975,

pág. 38; *Mannheim/ Wilkens*, Prediction Methods in Relation to Borstal Training, 1955; *Marquardt*, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Vikariierens usw., 1972; *H. Mayer*, Die Behandlung der Rezipidivisten usw., ZStW 80 (1968) pág. 139; *el mismo*, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *F. Meyer*, Rückfallprognose bei unbestimmt verurteilten jugendlichen, 1956; *B. Müller*, Anordnung und Aussetzung freiheitsentziehender Maßregeln usw., 1981; *Müller-Dietz*, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979; *Musco*, La misura di sicurezza detentiva, 1978; *el mismo*, Maßregeln im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens, ZStW 102 (1990) pág. 415; *Nagy*, Das Recht der strafrechtlichen Maßregeln in Ungarn, ZStW 97 (1985) pág. 424; *Nowakowski*, Die Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 98; *el mismo*, Vom Schuld-zum Maßnahmenrecht? en: Kriminalbiol. Gegenwartsfragen, fascículo 10, 1970, pág. 1; *el mismo*, Die Maßnahmenkomponente im StGB, Festschrift für Ch. Broda, 1976, pág. 193; *Nuvolone*, Misure di prevenzione e misure di sicurezza, en: Enciclopedia del diritto, Tomo XXVI, 1976, pág. 63; *Rehberg*, Die Behandlung der Rückfälligen nach den revidierten Art. 42 und 67 StrGB, SchwZStr 89 (1973) pág. 272; *Eb. Schmidt*, Strafrechtliche Vorbeugungsmittel im Preuß. ALR von 1794, ZStW 86 (1974) pág. 621; *R. Schmitt*, Was hat die Strafrechtsreform von der Zweispurigkeit übriggelassen? Festschrift für Th. Würtenberger, 1977, pág. 277; *Schöch*, Rettet die sozialtherapeutische Anstalt als Maßregel! ZRP 1982, pág. 207; *Schultz*, Strafrechtliche Bewertung und kriminologische Prognose, SchwZStr 75 (1959) (Mélanges O. A. Germann) pág. 245; *el mismo*, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des schweizerischen StGB, 1987; *Schunck*, Die Zweiteilung der Hauptverhandlung (Strafkammer), 1982; *Serini*, Das neue österr. StGB, SchwZStr 90 (1974) pág. 1; *Sieverts*, Würde sich die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen? Materialien, Tomo I, 1954, pág. 107; *Stoof*, Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB, Allg. Teil, 1893; *el mismo*, Zur Natur der sichernden Maßnahmen, SchwZStr 44 (1930) pág. 262; *Stratenwerth*, Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen, SchwZStr 82 (1966) pág. 338; *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *Victor*, Maßregeln der Besserung und Sicherung usw., ZStW 102 (1990) pág. 435; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2.^a Ed. 1980; *Zlataric*, Kriminalpolitische Tendenzen einiger sozialistischer Länder, ZStW 82 (1970) pág. 199.

I. La doble vía del Derecho penal

1. La pena determinada conforme a la culpabilidad por el hecho no siempre puede cumplir la misión preventiva del Derecho penal, pues a menudo la duración de la pena no alcanza a garantizar el resultado preventivo; con frecuencia, también será necesario un tratamiento médico, pedagógico o de asistencia social del infractor que por su clase no es factible en la ejecución ordinaria de la pena. También esta última está excluida frente a delincuentes inculpables. Por ello, la pena debe ser complementada con *medidas* que tienen exclusivamente la finalidad de prevenir la futura peligrosidad del autor por el

hecho y sus antecedentes, a través de intervenciones curativas, asistenciales, así como de aseguramiento o eliminación de aquélla. Por medio de la **doble vía** se evita que la pena sea gravada con misiones preventivas que sólo pueden ser cumplidas renunciando al principio de culpabilidad. Simultáneamente, además, se crea la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento preventivo del criminal peligroso con recursos médicos y pedagógico-sociales que no están a disposición de la ejecución ordinaria de la pena por tener que adaptarse ésta al gran número de casos corrientes. Asimismo, puede conseguirse una regulación legal más concreta de los presupuestos, la ejecución y la terminación de las medidas y, con ello, mejor adecuada al Estado de Derecho, al ser tratada de modo separado a la pena y su inescindible conexión con la culpabilidad por el hecho. No existe un antagonismo insalvable entre la pena y la medida¹. De este modo, la pena también sirve para la prevención de futuros delitos y la medida tiene igualmente el carácter de un mal que sirve para el reforzamiento de la vigencia de la norma, motivo por el cual es básicamente posible un intercambio entre pena y medida en la ejecución (sistema vicarial)².

La seductora y fácil solución consistente en suprimir la antinomia entre retribución y prevención por medio de la acumulación de la pena y la medida, procede del Anteproyecto de Código penal suizo de *Carl Stooß* (1893)³. Éste se ha convertido en el modelo para una gran parte de la legislación europea y sudamericana⁴. En Alemania las medidas

¹ *LK* (11.ª) (*Hanack*) nota preliminar núms. 10 ss. antes del § 61; *Müller-Dietz*, Grundfragen págs. 71 ss.; *Nowakowski*, Vom Schuld-zum Maßnahmenrecht? págs. 1 ss.

² *H-J Albrecht*, MSchrKrim 1981 págs. 322 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 1/55; *Lackner*, § 61 núm. 2.

³ *Stooß*, SchwZStr 44 (1930) pág. 262; *Kaenel*, SchwZStr 101 (1984) págs. 3 ss. Acerca de su influencia sobre la reforma del Derecho penal alemán, *Jescheck*, SchwZStr 73 (1958) págs. 189 ss.

⁴ Característico de ello es también Suiza que en los arts. 42 ss. StGB (1937) conoce un vasto sistema de medidas de aseguramiento, vid. al respecto, *Germann*, SchwZStr 73 (1958) págs. 44 ss. y *Stratenwerth*, SchwZStr 82 (1966) págs. 337 ss., en relación con el Anteproyecto de *Schultz* vid. *Kaiser*, ZStW 100 (1988) págs. 288 ss.; también el Código penal italiano (1930) con las medidas de aseguramiento de los arts. 199 ss. (hoy, por cierto, rechazadas mayoritariamente); sobre ello, *Musco*, La misura di sicurezza detentiva, 1978; *el mismo*, ZStW 102 (1990) pág. 415 y *Nuvolone*, Enciclopedia del diritto Tomo XXVI, págs. 63 ss. El StGB austríaco también contiene ahora, a diferencia del Derecho anterior, medidas de seguridad (§§ 21-23); vid. *Serini*, SchwZStr 90 (1974) págs. 6 ss. y *Nowakowski*, Broda-Festschrift págs. 193 ss. Asimismo, también el Código penal tipo para Sudamérica recomienda las medidas de seguridad; vid. *Jescheck*, Heinitz-Festschrift págs. 731 ss. Sobre las medidas en Derecho holandés *Enschede/Rüter/Stolwijk*, Beginselen págs. 163 ss; *Hofstee*, TBR en TBS, 1987. En torno a los centros de terapia psicológica en Dinamarca e Inglaterra *Hilde Kaufmann*, Kriminologie III págs. 134 ss., 152 ss. Acerca del Código penal argentino de 1921 vid. *Jiménez de Asúa*, Tomo I págs. 1050 ss. En Francia, por el contrario, la doble vía ha desaparecido y tampoco el Código penal de 1994 la prevé (vid. *Desportes/Le Guehrec*, Présentation núm. 33). En relación al Derecho penal polaco *Buchala*, ZStW 102 (1990) pág. 394, sobre el sueco *Victor*, ibídem pág. 435. La "detención preventiva" ("*preventive detention*") inglesa fue suprimida en 1967 a través de un alargamiento de la pena ("*extended term of imprisonment*"). También en los anteriores países socialistas eran por lo general desconocidas las medidas de seguridad que comportaran un

de seguridad se remontan ya al Derecho territorial común de los Estados prusianos de 1794⁵. En Alemania, tras muchos esfuerzos del legislador, que desde hace ya tiempo había introducido un elaborado sistema de medidas de seguridad en los distintos proyectos, fueron introducidas las medidas de corrección y aseguramiento por medio de la *Ley de delincuentes habituales* de 24.11.1933 (RGBl I pág. 995)⁶. Con ello, el Programa preventivo-especial de la Escuela Moderna no se ha cumplido por el camino de la pena, pero sí de otra forma que es defendible por su conformidad con el Estado de Derecho.

2. Con la reforma del Derecho penal se ha conservado la doble vía, aunque el sistema existente ha **mejorado** radicalmente⁷ y se dirige con mayor fuerza hacia la misión resocializadora de delincuentes peligrosos, lo que también viene a expresarse con la anteposición de la finalidad *correctiva* de las medidas de seguridad en la rúbrica del sexto Título "Medidas de corrección y aseguramiento". Medidas de seguridad *privativas de libertad* son el internamiento en un hospital psiquiátrico, en un establecimiento de desintoxicación y la custodia de seguridad (§ 61 núms. 1-3). El punto neurálgico de las medidas de seguridad de acuerdo con el concepto global del sistema sancionador debería residir en el establecimiento terapéutico-social, que estaba previsto para reincidentes peligrosos con graves anomalías de la personalidad, delincuentes sexuales peligrosos, delincuentes tendenciales menores de 27 años y para adecuados infractores inculpables o con culpabilidad disminuida que ya hubieran

internamiento indeterminado, pues para la lucha contra la criminalidad reincidente aplicaban largas penas de prisión; vid. *Zlataric*, ZStW 82 (1970) págs. 222. Antes del cambio, Hungría constituía ya una excepción al conocer diversas medidas de seguridad (también la custodia de seguridad); vid. *Nagy*, ZStW 97 (1985) págs. 426 ss. Sobre todo ello en Derecho español, *Beristain*, Medidas págs. 27 ss., 101 ss.; *Jorge Barreiro*, Las medidas de seguridad, 1976. Un resumen global puede verse en *Jescheck*, *Freiheitsstrafe* Tomo III págs. 2062 ss.

⁵ *Eb. Schmidt*, ZStW 86 (1974) págs. 621 ss.

⁶ La opinión mayoritaria está hoy en Alemania a favor de la doble vía, aunque enfatizando no tanto la división teórica sino más bien el efecto recíproco entre pena y medida, como lo realmente característico del Derecho vigente; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 711; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 8 ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 221 ss.; *Haddenbrock*, NJW 1979 págs. 1235 ss.; *Kaiser*, Pallin-Festschrift págs. 203 ss.; *AK (Hassemer)* nota preliminar núm. 405 antes del § 1; *Lackner*, § 61 n. 2; *Lenckner*, Strafe págs. 24 ss.; *LK* (11.^a) (*Hanack*) nota preliminar núm. 11 antes del § 61; *Schmidhäuser*, Einführung págs. 223 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núms. 1 ss. antes del § 61; *Zipf*, Kriminalpolitik pág. 72. A favor de la reacción del Derecho penal por una sola vía con la exclusión de las medidas de seguridad jurídico-criminales, *H. Mayer*, Strafrechtsreform págs. 119 ss. Otra solución de vía única es la propuesta por *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, Civitas 1970, págs. 27 ss., aunque contradice el principio de culpabilidad.

⁷ Vid. *Horstkotte*, JZ 1970 págs. 154 ss.; *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) págs. 40 ss.; *LK* (11.^a) (*Hanack*) nota preliminar núms. 40, 64, 66 antes del § 61; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 818; *R. Schmitt*, Württenberger-Festschrift págs. 277 ss.

estado internados en un hospital psiquiátrico (§ 65 en su anterior redacción). Pero la introducción de establecimientos terapéutico-sociales ha traído consigo dificultades inesperadas de naturaleza personal y financiera. Ello se demuestra también con el hecho de que los problemas de orden interno y los métodos terapéuticos aplicables no están suficientemente claros en el nuevo tipo de establecimiento. De este modo, no entró en vigor el internamiento en un centro terapéutico-social como medida de seguridad a disposición del Juez, sino sólo como una simple modalidad en la que podía transformarse la ejecución de la pena de prisión, tal y como venía ocurriendo hasta ahora (Ley de 20.12.1984, BGBl. 1984 I pág. 1654). La disposición decisiva contenida en el § 9 StVollzG previene que el internamiento en un establecimiento terapéutico-social presupone la conformidad del preso y del director del centro que asume la terapia voluntaria de los presos⁸ (en relación con su ejecución, §§ 123-126 StVollzG). Para la utilización práctica de las medidas de seguridad posee un significado fundamental el reconocimiento expreso del *principio de proporcionalidad* (§ 62) aunque, desde luego, su vigencia también puede deducirse de la vigencia de la prohibición de exceso para el Estado de Derecho (BVerfGE 16, 194 [202]; BGH 20, 232). Se asume la función de protección en el ámbito de las medidas de seguridad que el principio de culpabilidad cumple de modo más intenso en relación con las penas. La interacción entre penas y medidas de seguridad viene a expresar que, por regla general, el Derecho vigente acoge el “sistema vicarial” en la ejecución de las penas de prisión y las medidas de seguridad privativas de libertad, cuando ordena que se abone como pena la medida ejecutada (§ 67) (con exclusión de la custodia de seguridad pensada como una medida de simple protección sin un objetivo de contenido terapéutico) y, simultáneamente, prevé la suspensión de la ejecución de la pena restante una vez cumplida la mitad de su totalidad (§ 67 V). Además, la Sala de Ejecución Penitenciaria (§§ 78 a, b GVG) puede ordenar la ejecución de cualquier otra medida de seguridad “si con ello se puede promover en mejor medida la resocialización del autor” (§ 67 a). Finalmente, se ha creado la posibilidad de suspender a prueba la ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad (§§ 67 b y c), incluida la custodia de seguridad. Las medidas de seguridad que *no comportan privación de libertad* (§ 61 núms. 4-6) son la libertad vigilada, la privación del permiso de conducir y la inhabilitación profesional.

⁸ A favor de la “solución penitenciaria” *Kaiser/Dünnel/Ortmann*, ZRP 1982 págs. 198 ss. A favor de la “solución como medida de seguridad” *Schöch* y los “profesores alternativos”, ZRP 1982, págs. 207 ss.

II. Justificación y crisis de la doble vía

1. La doble vía de penas y medidas de seguridad no es en principio objetable puesto que la retribución por la culpabilidad y la defensa frente a los peligros son cosas distintas, pero ambas pertenecen a las funciones legítimas del Derecho penal (vid. *supra* § 1 II 2). Sin embargo, las medidas de seguridad requieren, al igual que las penas, una **justificación**: no sólo tienen que ser adecuadas a su fin sino que también deben poder ser sostenidas a la luz de la justicia⁹. Por ello debe ser decisiva la idea de que la libertad que la Constitución garantiza a todo ciudadano es “una libertad vinculada a la comunidad”. Quien no posee la capacidad de desenvolverse en la sociedad sin poner en grave peligro a otros, debe tolerar las limitaciones necesarias de su libertad en interés de la seguridad de todos¹⁰. Y así, es evidente que en casos de abuso grave puede ser procedente la privación de derechos que asisten a cualquier persona (*idea del merecimiento*). Nadie puede, por ejemplo, exigir querer ejercer una profesión o conducir un automóvil si ha demostrado con la comisión de los correspondientes delitos, que carece de los presupuestos mentales, técnicos o caracteriológicos necesarios para ello. En las medidas de seguridad asistenciales, así como el internamiento en un hospital psiquiátrico o en un centro de desintoxicación, la justificación interna del confinamiento reside en la misión del Estado de que personas con defectos corporales o psíquicos que sean criminalmente peligrosas, reciban un tratamiento médico, psico-terapéutico o de mantenimiento que mejore, mitigue o, por lo menos, neutralice su situación (*idea del tratamiento terapéutico*). También en la libertad vigilada (§ 68) se encuentra en un primer plano la *idea de asistencia social* (vid. *infra* § 78 I 1).

Problemática es, por el contrario, la justificación de la custodia de seguridad pues aquí se trata de medidas puramente inocuizadoras sobre delincuentes plenamente culpables motivadas por la protección de la comunidad frente a delitos graves cuya comisión por parte de aquéllos resulta previsible¹¹. Decisivo para el mantenimiento de la custodia de seguridad, por la que también el AE (§ 70) se ha decidido, fue últimamente el convencimiento de que no hay un

⁹ Vid. *Beristain*, Medidas págs. 92 ss.; *Heinitz*, Individualisierung págs. 22 ss.; *Lenckner*, Strafe págs. 26 ss.; *LK* (11.^a) (*Hanack*) nota preliminar núms. 40 ss. antes del § 61; *Jescheck*, *Heinitz-Festschrift* págs. 733 ss.; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* págs. 819 ss.

¹⁰ *Stree*, *Deliktsfolgen* pág. 222.

¹¹ A causa de este motivo están por principio en desacuerdo *H. Mayer*, *Strafrechtsreform* págs. 144 ss.; 153 ss.; *el mismo*, *ZStW* 80 (1968) pág. 159; *Hellmer*, *Der Gewohnheitsverbrecher* págs. 24 ss. 196 ss.

camino más humano para la protección absolutamente necesaria frente a la delincuencia habitual y profesional¹². El Derecho vigente se ha esforzado en limitar la custodia de seguridad a delincuentes realmente peligrosos, frente a los que la necesidad de seguridad de la población es irrefutable (BT-Drucksache V/4094 pág. 19: "última medida necesaria de la Política criminal") (vid. *infra* § 77 V 1)¹³.

2. A pesar de que puede encontrarse una completa fundamentación de las medidas de seguridad, el sistema de la doble vía, cuando de medidas privativas de libertad se trata, tiene que luchar con *dificultades* ("crisis de la doble vía")¹⁴ que, entre otras cosas, reflejan que la custodia de seguridad, incluso antes de la agravación de sus presupuestos, ha sido siempre ordenada en raras ocasiones (vid. *supra* § 5 V 2). En primer lugar, no puede discutirse que las medidas privativas de libertad suprimen parcialmente la protección que el principio de culpabilidad garantiza al delincuente con la determinación del límite superior de la pena, puesto que aquéllas no se dirigen al culpable sino que se anudan a la peligrosidad posibilitando así intromisiones en la libertad que pueden ser más graves, por lo que resultan más peligrosas que las propias penas de larga duración. El principio de proporcionalidad (§ 62) no alcanza por sí sólo a ser un contrapeso suficiente. A él deben añadirse la posible interpretación limitativa de sus presupuestos, su escasa utilización en la praxis y el seguimiento intensivo del desarrollo del condenado en el establecimiento con la finalidad de preparar su salida. La segunda dificultad consiste en que las medidas privativas de libertad que no se ejecutan en un centro hospitalario sino en un establecimiento penitenciario (así, la custodia de seguridad de acuerdo con los §§ 129 ss. StVollzG), a causa de las condiciones igualitarias en las que se desarrolla la convivencia de las personas privadas de li-

¹² Vid. Niederschriften Tomo 3, págs. 159 ss., 194 ss., 267 ss.; BT-Drucksache V/4094 págs. 18 ss. Vid. también *Nowakowski*, v. Weber-Festschrift págs. 103 ss. El intento de una fundamentación ética ha tenido una acertada contestación; vid. *LK* (11.^a) (*Hanack*) nota preliminar núm. 31 antes del § 61, § 66 núms. 22 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 35; *Jakobs*, Allg. Teil 1/54.

¹³ En correspondencia con ello *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 367, 369, fundamenta la justificación de la medida de seguridad cuya duración excede de la de la pena, únicamente sobre la "obligación de protección del Estado", en la medida en que su observación a costa de la libertad del interesado evidencia la decisión a favor del "interés preponderante". De modo similar, a favor de las medidas de seguridad "complementadoras de la pena" *Jakobs*, Allg. Teil 1/56.

¹⁴ Por principio contrario a la transferencia al Juez penal del Derecho de las medidas de seguridad como una parte del "Derecho administrativo", *Reinhard v. Hippel*, Reform págs. 35 ss. Detalladamente en relación a la crisis de la doble vía, *LK* (11.^a) (*Hanack*) nota preliminar núms. 13 ss. antes del § 61.

bertad, no pueden ser distinguidas inequívocamente¹⁵ (“**fraude de etiquetas**”¹⁶). Contra estas objeciones ayuda considerablemente el sistema de intercambio entre pena y medida en la ejecución con el abono sobre la pena del tiempo cumplido durante la medida de seguridad (**sistema vicarial**) y la posibilidad de suspensión a prueba también de esta última. Ambas fueron introducidas en el año 1975 (§§ 67, 67 b, 67 c), naturalmente con exclusión de la aplicación del sistema vicarial a la custodia de seguridad¹⁷.

Finalmente, nos encontramos con la dificultad consistente en que el proceso penal alemán no está configurado como un puro procedimiento de indagación que tenga por finalidad la investigación de la personalidad. Necesaria resulta la abundante consulta de peritos en la medida en que ello tenga que ver con la imposición de una medida privativa de libertad, la introducción del expediente de personalidad (“*dossier de personnalité*”) que acompaña a los multirreincidentes, y que tiene por finalidad tener siempre presente la totalidad de las consideraciones de tipo social, psicológico, médico y de ejecución que estén referidas a sus capacidades psíquicas y caracteriológicas. Asimismo, también debe tomarse en consideración la *bipartición del proceso penal* en un procedimiento de enjuiciamiento (“conviction”) y de sanción (“sentence”)¹⁸.

3. Por el contrario, la **vía única** (sistema monista) no se ha impuesto en Alemania (excepción hecha del Derecho penal juvenil)¹⁹ como reacción jurídico-criminal (rechazándolo expresamente en atención al principio de culpabilidad BT-Drucksache V/4094 pág. 19), a pesar de que esta solución fue defendida por múltiples partidarios²⁰.

¹⁵ La adaptación de la ejecución de la custodia de seguridad al ámbito penitenciario no lesiona, sin embargo, el principio de igualdad de acuerdo con la BVerfGE 2, 118. Por el contrario, se muestra crítico LK (11.ª) (Hanack) nota preliminar núm. 33 antes del § 61.

¹⁶ La conocida expresión procede de Kohlrausch, ZStW 44 (1924) pág. 33. Formula objeciones a causa de los problemas que no encuentran una solución completa en el sistema de la doble vía, Naucke, Einführung pág. 120. Más positivo se muestra Müller-Dietz, Grundfragen págs. 71 ss.

¹⁷ En contra de esta limitación, Mannheim, Deutsche Strafrechtsreform pág. 28. La obligatoriedad del sistema vicarial para la custodia de delincuentes habituales según el art. 42.5.º del StGB suizo ha dado buen resultado; vid. Rehberg, SchwZStr 89 (1973) págs. 286 ss.; Schultz, Einführung II pág. 157. Con carácter general Marquardt, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Vikariierens, 1972.

¹⁸ Acerca de los resultados positivos del Proyecto de Göttingen sobre la problemática de la bipartición Dölling, Zweiteilung págs. 240 ss. y Schunck, Zweiteilung págs. 250 ss.

¹⁹ Sobre la aplicabilidad limitada de las medidas de seguridad en Derecho penal juvenil Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht págs. 72 ss. (la custodia de seguridad, de acuerdo con el § 7 JGG, resulta inadmisibles al ser reemplazada por medidas de naturaleza educativa).

²⁰ Vid., por ejemplo, Heinitz, ZStW 63 (1951) págs. 80 ss.; Frey, SchwZStr 88 (1951) pág. 295; Dreher, ZStW 65 (1953) págs. 489 ss.; Sieverts, Materialien Tomo I págs. 109 ss., en especial, pág. 117; Eb. Schmidt, Niederschriften Tomo I págs. 51 ss.

El balance en el extranjero no es del todo positivo sobre la base de las experiencias allí experimentadas²¹. Sin embargo, en las legislaciones modernas la sanción única (pena o medida de seguridad) es aplicada total o parcialmente en diversos países como, por ejemplo, Inglaterra²², Grecia²³, Suecia²⁴, Bélgica²⁵, EE.UU y en los anteriores países socialistas²⁶, entrando en juego motivaciones completamente diferenciadas de carácter político, ideológico y político-criminal. También Francia se conforma con las penas (vid. *supra* § 9 I 1 nota a pie núm. 4).

III. Presupuestos y duración de las medidas de seguridad

1. Los presupuestos legales para decretar medidas de seguridad deben estar configurados de tal modo que se correspondan tanto con su **finalidad** como con el **motivo que las justifican**²⁷. Deben describirse del modo más taxativamente posible para evitar abusos y encontrarse tan cercanas a la realidad de modo que sólo sean abarcados casos realmente específicos. Se distinguen, respectivamente, por la clase, número y gravedad de los antecedentes del delincuente, la clase y gravedad de los hechos antijurídicos cuya comisión futura se prevé, así como por las cualidades de su personalidad.

²¹ Vid. *Mannheim*, Deutsche Strafrechtsreform págs. 28 ss. Característica es la dura crítica dirigida a la condena indeterminada en los EE.UU.; vid. *Hirsch*, Doing Justice págs. 9 ss.

²² El Criminal Justice Act de 1967 introdujo en su sección 67 la *pena* de seguridad frente a delincuentes reincidentes peligrosos, vid. *Hall Williams*, SchwZStr 84 (1968) págs. 17 ss. Últimamente, también el "Borstal training" ha sido suprimida por el Criminal Justice Act de 1982 y sustituido por una nueva pena juvenil de duración determinada (youth custody), aprobándose nuevamente en su lugar por el Criminal Justice Act de 1988 Parte IX la "detention in a young offenders institution" que también está firmemente determinada.

²³ El Código penal griego prevé en los arts. 90-92 una pena relativamente indeterminada para delincuentes profesionales y habituales, vid. *Mangakis*, Das griechische Strafrecht págs. 319 ss.

²⁴ En Suecia, tras la supresión de las sanciones de duración indeterminada para presos jóvenes y el internamiento (vid. 1980 y 1981, respectivamente), la pena de prisión firmemente determinada es la única sanción a la que se anuda la privación de libertad (excepción hecha de su transferencia a formas especiales de tratamiento); vid. *Victor*, ZStW 102 (1990) pág. 441.

²⁵ Vid., más detalladamente, *Cornil*, SchwZStr 83 (1967) págs. 4 ss.; como excepción al posterior sistema de doble vía, de acuerdo con la Ley de Defensa Social de 1964, los delincuentes con culpabilidad disminuida pueden ser internados sin necesidad de un pronunciamiento penal por tiempo indeterminado.

²⁶ La mayoría de los ordenamientos socialistas, por motivos políticos e ideológicos, sólo conocen penas que sin embargo están inspiradas por una marcada dirección preventivo-especial; vid. las aportaciones de *Zlataric*, *Solnao*, *Maurach*, *Grünwald*, ZStW 82 (1970) págs. 212 ss., 235, 241 ss., 272 ss. (en otro sentido tan sólo sucede en Hungría; vid. § 9 I 1 nota a pie núm. 4).

²⁷ Sobre ello, con mayor detalle, *Exner*, Sicherungsmittel págs. 59 ss.

De este modo, la privación del permiso de conducir (§ 69) únicamente presupone un delito que ha sido cometido con ocasión o en relación con la conducción de un automóvil o por la infracción de los deberes de un conductor. De tal hecho debe deducirse la propia inaptitud del autor para la conducción de vehículos. De acuerdo con el § 69 I 2, aquí está excluida una atención especial a la proporcionalidad (§ 62) para no hacer depender importantes y decisivas medidas para la seguridad del tráfico de consideraciones adicionales de naturaleza discrecional. En determinados delitos graves contra la seguridad del tráfico se presume por la Ley la inaptitud para la conducción (§ 69 II). En esta regulación la necesidad de protección de la colectividad está fuertemente situada en un primer plano, motivo por el cual la privación del permiso de conducir es bastante frecuente (vid. *supra* § 5 V 2). Por el contrario, en la custodia de seguridad los presupuestos están fijados de modo tan riguroso (§ 66) a causa de la gravedad de la intromisión y por su necesaria limitación a delincuentes realmente peligrosos, lo que determina que esta medida sea aplicada en muy raras ocasiones (vid. *supra* § 5 V 2). Son necesarios dos antecedentes graves, una permanencia larga en un establecimiento penitenciario, un hecho punible desencadenante grave y la inclinación a la comisión futura de hechos considerablemente graves.

2. En todas las medidas de seguridad la posibilidad de **pronóstico** del comportamiento futuro juega un rol decisivo, pues aquéllas sólo se justifican cuando frente existe una clara y futura necesidad de seguridad frente al delincuente²⁸. También dependen de la clase, número y sucesión temporal de los antecedentes, de la personalidad del autor y su desarrollo, así como de las circunstancias de la vida futura del delincuente en la sociedad. El pronóstico no es sólo necesario, sino también *posible* aunque dentro de ciertos límites. También resulta imprescindible en la determinación de la pena (vid., por ejemplo, § 46 I 2 y § 56 I).

Además, también se utiliza el método intuitivo²⁹, el estadístico (*sistema de puntos*)³⁰ y el clínico³¹. El primero de ellos, que principalmente descansa sobre la experiencia de la vida y los conocimientos humanos, es imprescindible en la práctica diaria aunque resulta

²⁸ Vid., más detalladamente, *Schultz*, SchwZStr 75 (1959) págs. 245 ss. Acerca de los rigurosos presupuestos de un pronóstico también defendible frente al interesado, *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht págs. 72 ss., 75 ss., 146 ss.; *el mismo*, ZStW 102 (1990) págs. 370 ss. Sobre la necesaria "descripción del contenido del riesgo" por la Ley en la praxis, con acierto, *el mismo*, Recht und Psychiatrie 1992, págs. 115 ss. Un resumen sobre los métodos y ámbito de aplicación del pronóstico puede verse en *Frisch/Vogt* (Edrs.), Prognoseentscheidungen in der Praxis, 1994.

²⁹ *Leferenz*, ZStW 68 (1956) pág. 237; *el mismo*, Kriminalprognose pág. 1353.

³⁰ *Mannheim/Wilkens*, Prediction Methods págs. 137 ss.; *Sh. y E. Glueck*, Predicting Delinquency págs. 127 ss.; *Göppinger*, Kriminologie págs. 338 ss.; *F. Meyer*, Rückfallprognose págs. 87 ss.

³¹ *Göppinger*, Kriminologie págs. 338 ss.; *Leferenz*, Kriminalprognose pág. 1366.

inexacto. El sistema de puntos suministra en realidad valores estadísticos exactos, pero éstos no pueden ser transferidos automáticamente al caso concreto. El método clínico, que tiene en cuenta la personalidad global del delincuente según la totalidad de los puntos de vista científicos, proporciona los mejores resultados pero resulta lento y costoso³².

3. Mientras que las penas de prisión enlazan con la culpabilidad pasada del autor y por ello están determinadas de forma precisa, las medidas de seguridad que conllevan privación de libertad se sitúan sobre su peligrosidad futura, por lo que son de **duración indeterminada**. La indeterminación en algunas medidas es absoluta y en otras relativa. De **duración absolutamente indeterminada** es el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) y la custodia de seguridad (§ 66) cuando éstos ya han sido decretados. Por el contrario, existen **plazos máximos** para el internamiento en un centro de desintoxicación (2 años) y para el primer internamiento en la custodia de seguridad (10 años) (§ 67 d I y III).

4. La Sala de Ejecución Penitenciaria puede en cualquier momento comprobar (§§ 463 III, 454, 462 a I StPO) si la continuación de la medida privativa de libertad puede ser **suspendida a prueba** (§§ 67 d II, 67 e I 1). Con anterioridad al transcurso de determinados plazos esta comprobación resulta obligatoria (§ 67 e I 2). De esta forma se consigue que la ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad tenga lugar sólo por tiempo determinado, a través del cual sean trazadas la necesidad de seguridad de la colectividad y las exigencias de influencia resocializadora sobre el condenado.

Capítulo 2: Las fuentes del Derecho penal

§ 10 Breve recorrido por la historia del Derecho penal alemán hasta el Código penal imperial de 1871

v. Amira, Die germanischen Todesstrafen, 1922; *v. Amira/Eckhardt*, Germanisches Recht, Tomo I, 4.^a Ed. 1960; *Bader*, Aufgaben, Methoden und Grenzen einer historischen Kriminologie, SchwZStr 71 (1956) pág. 17; *Bauer/Schlosser* (Edrs.), Ein Leben für Recht, Staat und Politik. Festschrift für A. von Kreittmayr zu seinem 200. Todestag, 1991; *Boldt*, J. S. F. von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936; *Brunnenmeister*, Die Quellen der Bambergensis, 1879; *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte, Tomo I 2.^a Ed. 1906, Tomo II 2.^a Ed. elaborada por *C. v. Schwerin*, 1928; *Carlen*, Die Galeerenstrafe in der Schweiz, ZStW 88 (1976) págs. 557 ss.; *Centro*

³² Un resumen acerca de la situación actual de la investigación del pronóstico puede encontrarse en *Eisenberg*, Kriminologie § 21.

Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale (Ed.), Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy, 1990; *Dahm*, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931; *el mismo*, Zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts, 1960; *Eckhardt*, Sachsenspiegel, 3.^a Ed. 1973; *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 1895; *Gernhuber*, Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235, 1952; *Güterbock*, Die Entstehung der Carolina, 1876; *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 2.^a Ed. 1994; *v. Hippel*, Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, ZStW 18 (1898) págs. 419, 608; *His*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Parte I, 1920; *el mismo*, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, 1928, Nachdruck 1967; *Jescheck*, Die Freiheitsstrafe in rechtsvergleichender Darstellung, en: *Jescheck* (Ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Tomo III, 1984, pág. 1939; *Kantorowicz*, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, Tomo 2 1926; *Kipper*, Johann Paul Anselm Feuerbach, 2.^a Ed. 1989; *Kneubühler*, Die Überwindung von Hexenwahn und Hexenprozeß, 1977; *Köbler*, Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte, 1988; *Kohler/Scheel* (Eds.), Constitutio Criminalis Carolina, 1900; *Koschorek* (Ed.), Die Heidelberger Bilderhandschrift, 1970; *Kroeschell*, Die Sippe im germanischen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 77 (1960) pág. 1; *el mismo*, Deutsche Rechtsgeschichte 1 (hasta 1250), 7.^a Ed. 1985, 2 (1250-1650), 4.^a Ed. 1981, 3 (desde 1650) 1989; *el mismo*, von Rüping, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, ZStW 95 (1983) pág. 145; *Küper* (Ed.), Carl Joseph Anton Mittermaier, 1988; *Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre usw., 1935; *Middendorff*, Historische Kriminologie, HWB Krim, Tomo complementario, 1979, pág. 142; *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *Nehlsen*, Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, en: *Kroeschell* (Ed.), Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, 1983, págs. 3 ss; *Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach, 2.^a Ed. 1957 (editado por E. Wolf); *Radbruch/Gwinner*, Geschichte des Verbrechens, 1951, Neudruck 1990; *Rieß*, Bemerkungen zur Bedeutung des ALR usw., GA 1978, 138; *Rüping*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 2.^a Ed. 1991; *el mismo*, Geldstrafe und Buße, ZStW 85 (1973) pág. 672; *Schaffstein*, Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis zu Carpzov, GS 101 (1932) S. 14; *el mismo*, Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus, 1954; *Schild*, Alte Gerichtsbarkeit, 1980; *Eb. Schmidt*, Die Kriminalpolitik Preußens unter Friedrich Wilhelm 1. und Friedrich II., Tesis doctoral, Göttingen 1914; *el mismo*, Die Carolina, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 53 (1933) pág. 1; *el mismo*, Inquisitionsprozeß und Rezeption, 1940; *el mismo*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.^a Ed. 1965; *Schubert*, Die Quellen zum StGB von 1870/71, GA 1982, 191; *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Tomo I: Von den Anfängen bis zur Aufklärung, 1989; Tomo 2: Von der Aufklärung bis zur doppelten Staatsgründung, 1994; *Thieme*, Das Gesetzbuch Friedrichs des Großen, DJZ 1936, pág. 939; *el mismo*, Gesammelte Schriften, Tomos I y II, 1986; *v. Weber*, Benedict Carpzov, Festschrift für

Ernst Rosenfeld, 1949, pág. 29; *el mismo*, Die Entwicklung des gemeinen deutschen Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung spanischer Einflüsse, Studi in memoria di Paolo Koschaker, Tomo I, 1953, pág. 339; *el mismo*, Influencia de la literatura jurídica española en el derecho penal común alemán, 1953; *el mismo*, Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 77 (1960) pág. 288; *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958; *Wilda*, Das Strafrecht der Germanen, 1842; *E. Wolf*, Grotius, Pufendorf, Thomasius, 1927; *el mismo*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.^a Ed. 1963.

La construcción del recorrido histórico se realiza conforme a la división usual en la Historia del Derecho, de acuerdo con la cual son diferenciables ocho partes^{1 2}.

I. El período germánico

Como todo Derecho en el período germánico que alcanza hasta finales del movimiento migratorio de la población en el siglo VI³, el Derecho penal era, en la medida en que existiera como tal, un Derecho consuetudinario. Las primeras fuentes jurídicas escritas aparecen en el Imperio franco. La posición jurídica de cada persona estaba determinada por su clasificación según su familia, estirpe y tribu⁴. Los crímenes ("*Missetaten*") conducían básicamente tan sólo a una reacción del ofendido y su clan, promoviendo el cumplimiento de una reparación⁵ o la hostilidad entre estirpes (**reparación privada del crimen**). La contienda fue sustituida progresivamente, a causa de sus efectos devastadores sobre la comunidad, por *pactos de venganza* (entrega de caballos, ganado, armas y, posteriormente, también de dinero de acuerdo con la gravedad del hecho y el rango del ofendido).

¹ *Eb. Schmidt*, Einführung págs. 17 ss., aplica por el contrario una clasificación en sólo tres períodos (época del pensamiento jurídico germano, época del pensamiento jurídico medieval y desarrollo de la Política criminal moderna), en contra de la cual existe la objeción de que los grandes conceptos abarcan lapsos de tiempo muy amplios en los que, además de la presencia de factores invariables, también el surgimiento de otros nuevos ha determinado el desarrollo.

² Acerca de la Criminología histórica *Middendorff*, HWB Krim Ergänzungsbd. Págs. 142 ss.; *Radbruch/Gwinner*, Geschichte des Verbrechens, 1990. Vid., también *Bader*, SchwZStr 71 (1956) págs. 17 ss. con numerosos razonamientos adicionales.

³ Sobre ello vid. *v. Amira/Eckhardt*, Germanisches Recht págs. 2 ss.; *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte Tomo I págs. 33 ss. Por el contrario, *Wilda*, Das Strafrecht der Germanen págs. 2 ss. incluye el período franco.

⁴ Crítico con la teoría de la estirpe *Kroeschell*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germ. Abt. 77 (1960) págs. 1 ss. ("el mito de la estirpe").

⁵ Vid. más detalladamente *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte 1, págs. 43 ss.

Posiblemente, de forma temprana una parte del cumplimiento de la reparación iría ya a parar a la colectividad como dinero para la paz (*fredus*). La *pena pública* parece haberse dado ya en el período germano (tal y como *Tacitus* informa en el capítulo XII de la “Germania”) para las infracciones graves de deberes con la comunidad (traición en tiempos de guerra, deserción, cobardía ante el enemigo, crímenes relativos al culto)⁶. Su expansión gradual se vio favorecida contra los esclavos en el marco de la violencia doméstica. La forma e importancia del crimen fueron determinadas básicamente a través del *resultado* exterior (“el hecho mata al hombre”), aunque ya tempranamente se ha distinguido con ayuda de características típicas entre la obra de la voluntad, obra de la casualidad y los casos valorados como especialmente graves clasificados en las categorías históricas de “*Neidings* o *Meinwerk*”⁷

II. El período franco

Esta etapa, que se suele cifrar entre la fundación del Imperio merovingio por Chlodwig (482-511) hasta la división del mismo en el Tratado de Verdún (843), se caracterizó por el surgimiento de un **poder estatal** materializado en el Rey, así como por la preferencia de **fuentes jurídicas escritas**⁸. El reinado se esforzó en hacer retroceder la arbitrariedad privada en la práctica de las contiendas y en configurar los pactos de reparación. El deber de concluir el pacto de reparación hizo desaparecer paulatinamente el Derecho basado en las represalias. Surgieron sanciones pecuniarias fuertes favorecidas por el comienzo de la economía monetaria. Junto a la pena privada del antiguo Derecho consuetudinario se introdujo la *pena pública* a través del Derecho regio y como herencia romana en sus comienzos, puesto que con la ampliación del poder estatal había que proteger también nuevos bienes jurídicos del Estado y de la colectividad (vgr. la fidelidad a la corona, paz pública, religión cristiana, sistema monetario)⁹. Los derechos de la estirpe fueron recogidos en la redacción latina de las *leges barbarorum* (por primera vez en la Ley

⁶ Vid. v. *Amira*, Die germanischen Todesstrafen págs. 23 ss.; *Rüping*, Grundriß págs. 5 ss. Dudoso, sin embargo, *Kroeschell*, ZStW 95 (1983) pág. 147; discrepa *Nehlsen*, Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts págs. 3 ss. El texto de *Tacitus* en: *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch págs. 53 ss.

⁷ En relación con el Derecho germano sobre la base de las relaciones de vida existentes *Köbler*, Bilder págs. 35 ss.

⁸ Vid. *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte Tomo II págs. 703 ss.; *Hir*, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina págs. 57 ss.; *Köbler*, Bilder págs. 56 ss.

⁹ Vid. *Rüping*, ZStW 85 (1973) págs. 674 ss.

Sálica, en torno al año 500)¹⁰. Contenían, sobre todo, las sanciones pecuniarias de mayor importancia para los pactos de reparación (*sistema de composición*). Junto a los derechos de la stirpe se introdujo gradualmente un Derecho reglamentario regio (*capitulares*) y junto al Tribunal de la stirpe, el Tribunal del Rey y el de los condes. La influencia del cristianismo se hizo patente, de un lado, en la promoción de la pena pública por la infracción de intereses de la Iglesia y, de otro, en el reconocimiento del derecho de asilo en iglesias y conventos. La Iglesia se esforzó en el fortalecimiento del poder regio y en la imposición de la jurisdicción criminal a través del Tribunal del Rey y el de los condes. Los clérigos fueron los principales encargados de la administración del imperio.

III. La Edad Media

La Edad Media, que se extiende desde la división del Imperio hasta la decadencia del Derecho penal en los siglos XIV-XV, trajo consigo, de una parte, **contratiempos para el desarrollo del Derecho penal**¹¹ pero también, de otro lado, el gran cambio dirigido al **nacimiento del Derecho penal**¹² (*peinlich*). Como consecuencia del debilitamiento del Imperio desde la lucha por la investidura (a partir del año 1075), pero sobre todo desde el final de la dinastía nobiliaria de los Hohenstaufen (1268), fueron atrofiándose velozmente las aportaciones del período franco hacia una Administración de Justicia penal gobernada por el poder estatal central. El poder punitivo se trasladó a los territorios que más se fortalecían, a las ciudades y a los señoríos cuyo poder disminuía cada vez más, por lo que en lugar de la reparación por la comisión de crímenes a través de sanciones privadas se aplicaba cada vez en mayor medida la pena pública; de este modo, también la influencia del Derecho eclesiástico jugó un papel esencial. La dispersión del poder punitivo trajo como consecuencia una descentralización extraordinaria del Derecho penal, pero también la arbitrariedad y la dureza característica de la Administración de Justicia penal de la Edad Media. Penas corporales y contra la vida de inusitada crueldad para crímenes graves, pena de azotes, estigmas grabados a fuego y picota para delitos leves, caracterizaron al Derecho penal de aquel tiempo¹³. El sistema de contiendas cobró un impulso poderoso dentro de la nobleza, pero

¹⁰ Un resumen de las fuentes puede verse en Rüping, Grundriß pág. 7.

¹¹ Vid. al respecto His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters Tomo I, 1920.

¹² Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 1 págs. 196 ss.; Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte págs. 317 ss.

¹³ Schild, Alte Gerichtsbarkeit págs. 93 ss., 197 ss.

se restringió paulatinamente, aunque con notables impedimentos, por medio de leyes de paz territoriales que tuvieron su punto álgido en la Paz Territorial Eterna del año 1495¹⁴. La seguridad pública fuera de las ciudades y lugares fortificados estaba amenazada permanentemente. Fueron sobre todo las ciudades interesadas en el comercio y el transporte las que se defendieron con extraordinaria agudeza del abuso del robo y de la piratería, introduciendo en el proceso penal formas sumarias de procedimiento y recurriendo sin consideración alguna al uso de la tortura. La producción jurídica del Imperio se mutiló después de haber desempeñado, hasta la Paz Territorial de Maguncia de 1235, un importante papel para un Derecho penal enmarcado en el movimiento de paz territorial¹⁵. Pero ya con anterioridad se había favorecido el surgimiento de la pena pública a través de las Treguas divinas, como Ordenamientos cuyo cumplimiento se aseguraba por medio de penas eclesiásticas y, progresivamente, recurriendo también a la pena de muerte y castigos corporales para el quebrantamiento de la paz. Sin embargo, la potestad punitiva residió en los poderes particulares que buscaban determinar el Derecho penal según sus intereses privativos, mediante tradiciones lugareñas y locales completadas y constituidas en su mayor parte por estatutos de Derecho consuetudinario. Significativas manifestaciones de Derecho regional de origen privado (el Espejo de Sajonia de *Eike von Repgow* entre 1220 y 1235¹⁶, el Espejo de Suabia de 1275¹⁷) asumieron en la práctica la misión de las leyes a través de su considerable reconocimiento, aunque sin poder detener el declive de la Administración de Justicia penal.

IV. La recepción del Derecho romano-italiano

Los cambios en el desarrollo del Derecho penal alemán tuvieron lugar con la recepción del redescubrimiento, interpretación y transformación del Derecho romano por la Ciencia del Derecho italiana de la baja Edad Media (glosadores 1100-1250, postglosadores 1250-1450), que como consecuencia de la capacitación de los

¹⁴ Vid. *Gernhuber*, Die Landfriedensbewegung bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235, 1952.

¹⁵ Sobre ello vid. *Gernhuber*, Landfriedensbewegung págs. 224 ss.; *Köbler*, Bilder págs. 130 ss.; numerosos textos de la paz divina y territorial pueden encontrarse en: *Sellert/Rüping*, Studien- und Quellenbuch págs. 113 ss.

¹⁶ Vid. *Eckhardt*, Sachsenspiegel, 1973; *Köbler*, Bilder págs. 125 ss.; *Koschorek*, Heidelberger Bilderhandschrift, 1970; *Rüping*, Grundriß págs. 13 ss. Sobre Eike von Repgow *Thieme*, Gesammelte Schriften Tomo I pág. 257.

¹⁷ *Köbler*, Bilder pág. 128.

Derechos de las ciudades de Italia del norte y numerosas tradiciones lombardas no estaban muy alejadas de las necesidades político-jurídicas y del sentimiento jurídico de los alemanes¹⁸, y que desde el siglo XIII fue llevado a la práctica en Alemania a través de la Administración de Justicia de la Iglesia. Los motivos de la recepción residieron en la decadencia del sistema jurídico alemán, basada en la creencia de que el Derecho romano, a causa de la posición del Sacro Imperio Romano como continuador del Derecho del antiguo Imperio, sería el legítimo “Derecho imperial”; en el alto tratamiento científico del material jurídico por parte de los juristas italianos (ante todo, por *Albertus Gandinus*, *Tractatus de maleficiis*, 1298¹⁹); y en el surgimiento de una generación de juristas canónicos y seculares que se formaron en las Facultades de Derecho del norte de Italia (Bologna, Pavia, Padua) con anterioridad, e incluso tiempo después, a la fundación de las primeras universidades centroeuropeas (Praga 1348, Cracovia 1364, Viena 1365, Heidelberg 1386 y Colonia 1388)²⁰. La creación de la Cámara Imperial de Justicia (1495) reforzó el afán de un Derecho imperial unitario. Sobre la base de un Código penal territorial, la *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507)²¹, la grandiosa creación del juez de la Corte de Bamberg *Johann Freiherrn von Schwarzenberg und Hohenlandsberg*²², fue redactada en idioma alemán la **Constitutio Criminalis Carolina** bajo el título germano de “Keyser Karls des fünfften, und des heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichtsordnung”, y aceptada en Regensburg en el año 1532 por el Parlamento Imperial²³. Fue “materialmente, en su esencia, obra de Schwarzenberg” (*Eberhardt Schmidt*) y permanece “como muestra extraordinaria y poderosa de la legislación alemana en la época de la recepción del cambio de la Edad Media al Nuevo Régimen” (*v. Hippel*). La Carolina fue, ante todo, una Ordenanza del proceso penal que debió superar los inconvenientes de la Administración de Justicia, aunque también contenía las principales disposiciones sobre los delitos y su castigo²⁴. Como Ley imperial condujo hacia el éxito a la concepción jurídico-pública de la pena y originó el reconocimiento del Derecho penal como una institución jurídica

¹⁸ Vid., al respecto, *Dahm*, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931.

¹⁹ Vid. *Kantorowicz*, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, Tomo II, 1926. Vid., además, *Engelmann*, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, 1895.

²⁰ Vid. *Dahm*, *Zur Rezeption des römisch-italienisch Rechts*, 1960.

²¹ Vid. *Brunnenmeister*, *Die Quellen der Bambergensis*, 1879.

²² Vid. *Erik Wolf*, *Große Rechtsdenker* págs. 102 ss.

²³ Vid. *Güterbock*, *Die Entstehung der Carolina*, 1876; *Eb. Schmidt*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Germ. Abt. 53 (1933) págs. 1 ss.; *v. Weber*, *ibidem* 77 (1960) págs. 288 ss.; *Köhler/Scheel* (Edrs.), *Constitutio Criminalis Carolina*, 1900.

²⁴ *Rüping*, *Grundriß* págs. 38 ss.

que ya no dependiera de la arbitrariedad del más fuerte, sino que tenía que servir al bien común y corresponderse con las necesidades de justicia de la colectividad (art. 104). En la Carolina ya son reconocidos importantes conceptos básicos de la Parte General y también, aunque parcialmente, se formulan con un lenguaje vigoroso y expresivo aspectos tales como el principio de culpabilidad, determinadas causas de justificación, la tentativa y la participación. La descripción de los tipos delictivos fue recogida con frecuencia en el Derecho nacional. En el Derecho procesal al menos fue emprendido un intento de reforma a través de la nueva ordenación del proceso inquisitorial, especialmente por medio de la comprobación de los presupuestos de la tortura²⁵.

V. El Derecho común

A pesar de la cláusula de salvedad contenida en el prefacio de la Carolina en beneficio de los poderes territoriales “antiguos, justos y de uso consentido”, el nuevo Derecho imperial se impuso en la Administración de Justicia penal gracias a su cualidad superior en relación con los Derechos particulares, y llegó a regir como fuente jurídica subsidiaria en algunos territorios alemanes hasta el StGB de 1870 de la Federación del Norte. Allí donde surgieron las codificaciones propias de los Estados territoriales, éstas tomaron como riguroso modelo a la Carolina que, con ello, llegó a completarse con las Ordenanzas imperiales de policía de 1530, 1548 y 1577 con sus numerosas disposiciones penales para la protección del “buen orden”; de este modo, la Carolina sirvió de base para el Derecho común hasta el gran movimiento codificador acaecido en el cambio del siglo XVIII al XIX. Lo nuevo que resulta digno de atención en esta época es el surgimiento de una **Ciencia del Derecho penal** alemana, sobre la base y en relación con la Ciencia jurídica común europea. Su modelo fueron las teorías de los juristas italianos y españoles, entre los cuales *Julius Clarus* (1525-1575), *Tiberius Decianus* (1509-1582)²⁶ y *Didacus Covarrubias* (1517-1577)²⁷ han tenido una influencia especial en Alemania. Además, una fuente importante de la Ciencia del Derecho penal emergente fue el **Derecho canónico**, que estaba presente con la jurisprudencia de los Tribunales eclesiásticos, la jurisprudencia sacramental y

²⁵ Vid. *Eb. Schmidt*, Inquisitionsprozeß und Rezeption, 1940; *el mismo*, Einführung págs. 125 ss.

²⁶ Vid. *Schaffstein*, Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus págs. 38 ss.

²⁷ Vid. *Schaffstein*, Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus págs. 69 ss.; v. *Weber*, Studi in memoria di Paolo Koschaker págs. 339 ss.

la Teología moral. En especial, el principio de culpabilidad del Derecho común se ha desarrollado tanto a partir del Derecho romano como del canónico²⁸. Los configuradores más significativos de la Ciencia del Derecho penal alemana del siglo XVII fueron *Benedict Capzov* (1595-1666) con su obra principal "Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium" (1635)²⁹, en el siglo XVIII *J.S.F. von Böhmer* (1704-1772) con los "Elementa jurisprudentiae criminalis" (1732)³⁰, así como *Christian Thomasius* (1655-1728) que con su lucha en contra de la opresión teocrática, las supersticiones y absurdas creencias en las brujas³¹ ha sido un precursor de la Ilustración³². No obstante, el impulso de la Ciencia, que ya alcanzó a conocer un sistema teórico deductivo³³, vino acompañado de una *decadencia de la praxis del Derecho penal*. La crueldad de las penas corporales y de muerte³⁴, la absoluta incertidumbre de la poena extraordinaria y las penas de sospecha, a través de la introducción de la absolutio ab instantia (en lugar de la absolución) y, en fin, la utilización sin escrúpulos del tormento, condujo a un temido régimen caracterizado por un Poder Judicial que poseía la más absoluta libertad para la arbitrariedad. En la Alemania del siglo XVII la introducción de la pena de prisión, que tomó como modelo el presidio de Amsterdam (1595), constituyó un cierto contrapeso frente a la dureza de la praxis jurídico-penal anunciándose así la llegada del cambio inminente³⁵.

VI. La Ilustración

El lastre espiritual de la Edad Media fue definitivamente sacudido por la Ilustración, que con la fundación de una **Política criminal racional** introdujo la Épo-

²⁸ Vid. *Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre, 1935.

²⁹ *v. Weber*, Rosenfeld-Festschrift págs. 29 ss.; *Schaffstein*, GS 101 (1932) págs. 14 ss.; *Kroeschell*, Deutsche Rechtsgeschichte págs. 3 ss., 93 ss. Vid., además, *v. Weber*, Influenza págs. 6 ss. llamando la atención acerca de las crecientes citas españolas en Carpzov. Los textos de la Practica nova pueden encontrarse en: *Sellert/Rüping*, Studien-und Quellenbuch págs. 311 ss.

³⁰ Vid. sobre ello *Boldt*, Johann Samuel Friedrich v. Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936.

³¹ *Kneubühler*, Die Überwindung von Hexenwahn und Hexenprozeß, 1977.

³² Vid. *Erik Wolf*, Grotius, Pufendorf, Thomasius págs. 97 ss.; *el mismo*, Große Rechtsdenker págs. 371 ss.

³³ Vid. *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 26 ss.

³⁴ Una modalidad especial de ellas fue la pena de galeras; sobre ello vid. *Carlen*, ZStW 88 (1976) págs. 557 ss.

³⁵ Vid. *v. Hippel*, ZStW 18 (1898) págs. 429 ss., 608 ss. Textos de las ordenanzas de presidio de aquella época pueden encontrarse en: *Sellert/Rüping*, Studien-und Quellenbuch págs. 297 ss.

ca moderna de la Administración de Justicia. El pensamiento racional del Derecho natural condujo a la pregunta acerca del sentido y finalidad del Derecho criminal, el ideal humanitario al triunfo de la pena de prisión (cuyas imperfecciones en la ejecución han sido siempre visibles³⁶), la secularización del Derecho penal a la división entre el Derecho y la religión, y la vinculación entre el poder punitivo con la teoría del contrato del Estado al principio de legalidad. La Ilustración fue protagonizada por una literatura político-jurídica magnífica, cuyos principales representantes en Francia han sido *Montesquieu* ("Esprit des lois", 1748), *Voltaire* ("Prix de la justice et de l'humanité", 1777) y *Rousseau* ("Contrat social", 1762) aunque este último nació en Ginebra, en Inglaterra, *Bentham* ("Introduction to the principles of morals and legislation", 1780), en Italia *Beccaria* ("Dei delitti e delle pene", 1764) y en Austria *Joseph v. Sonnenfels* ("Über die Abschaffung der Tortur", 1775). En Alemania deben ser mencionados especialmente *Samuel Pufendorf* (1632-1694) con su teoría iusnaturalista de la libertad y la imputación³⁷, *Christian Wolff* (1769-1754) como el gran sistemático del Derecho natural y *F.K. Hommel* (1722-1781) como el precursor del principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. El cierre y, simultáneamente, el punto álgido de la Ilustración para el Derecho penal viene constituido por el más significativo de los criminalistas de la primera mitad del siglo XIX, *Paul Johann Anselm v. Feuerbach* (1775-1833), que fundó la Dogmática jurídico-penal moderna por su claridad conceptualizadora y la construcción de un sistema encerrado en sí mismo (Revision 1799/1800); Lehrbuch 1801)³⁸. En la legislación destaca Prusia, que ya en el año 1740 bajo el reinado de *Federico el Grande* había abolido la tortura, con el Derecho territorial general (1794), cuya parte dedicada a las disposiciones penales (Parte II, Título XX) fue redactada por *Suarez*³⁹ y *Klein*⁴⁰. En Baviera surgió el Codex juris criminalis Bavarici (1751) creado por *v. Kreittmayr*⁴¹ y en Austria la Constitutio Criminalis Theresiana (1768). Mientras que los tres códigos citados

³⁶ En relación con la historia de la pena de prisión desde la Ilustración, *Jescheck*, Freiheitstrafe Tomo III págs. 1951 ss. Sobre el significado de Beccaria en torno al desarrollo de la Política criminal moderna, *Centro Nazionale* (Ed.), Cesare Beccaria, 1990.

³⁷ Vid. *Welzel*, Die Naturrechtslehre págs. 84 ss.; *Erik Wolf*, Große Rechtsdenker págs. 343 ss.

³⁸ Vid. *Radbruch*, Paul Johann Anselm Feuerbach, 2.ª Ed., 1957; *Erik Wolf*, Große Rechtsdenker págs. 553 ss.; *Kipper*, J.P.A. Feuerbach, 2.ª Ed., 1989.

³⁹ Vid. *Erik Wolf*, Große Rechtsdenker págs. 440 ss.; *Thieme*, Gesammelte Schriften Tomo II pág. 780.

⁴⁰ *Rieß*, GA 1978, 138.

⁴¹ Sobre la vida y obra de v. Kreittmayrs *Bauer/Schlosser* (Edrs.), Festschrift 1991.

constituyeron la despedida de la época del Absolutismo ilustrado⁴², el Proyecto de Código penal de 1813 para el Reino de Baviera realizado por *Feuerbach* junto con el Código penal de 1810 fueron el modelo más importante de la codificación del siglo XIX. El Derecho penal se presentó bajo el dominio del principio de legalidad formulado por *Feuerbach* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

VII. La época de los Derechos penales particulares

Al StGB bávaro de 1813 le siguieron como aportaciones principales de los Estados particulares alemanes el Código criminal para el Reino de Sajonia (1838, 1855, 1868), el Código criminal para el Reino de Hannover (1840), el Código criminal para el Ducado de Braunschweig (1840), el StGB de Baden (1845), el StGB de Turingia (1850) y, sobre todo, el **Código penal para los Estados prusianos de 1851** que fue redactado provisionalmente bajo la dirección de *Savigny* y recibió la influencia del Código penal francés de 1810 aunque sin asumir su dureza preventivo-general⁴³. La **Ciencia del Derecho penal** del siglo XIX, a la que en especial hay que agradecer el mantenimiento de la unidad del Derecho penal a pesar de su dispersión territorial, alcanzó una considerable amplitud y altura con *Mittermaier* (1787-1867)⁴⁴, *v. Wächter* (1797-1880), *Köstlin* (1813-1856), *Hälschner* (1817-1889), *Luden* (1810-1880), *Berner* (1818-1907) y *v. Bar* (1836-1913). Sus teorías constituyeron la fase preparatoria de la Dogmática penal que fundamenta el Derecho vigente (vid. *infra* § 22 I).

VIII. El origen del Código Penal imperial de 1871

El Código penal imperial alemán de 1871 no fue de nueva creación, sino que tan sólo extendió la validez del StGB de la Federación del Norte a los Estados sureños que habían ingresado en dicha Federación por medio de los Tratados del mes de noviembre de 1870. Pero también el StGB de la Federación del Norte fue, por su parte, tan sólo una reelaboración del StGB prusiano de 1851 cuyas raíces se remontan a la primera mitad del siglo XIX⁴⁵. A pesar de que el RStGB de 1871 se dirigió más hacia el pasado que hacia el futuro y de la **necesidad de su reforma**

⁴² Vid. *Eb. Schmidt*, Die Kriminalpolitik Preußens unter Friedrich Wilhelm I. und Friedrich II., 1914; *Thieme*, DJZ 19336, págs. 939 ss.; *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich págs. 94 ss.

⁴³ Acerca del Derecho penal de tales territorios *Rüping*, Grundriß págs. 79 ss.

⁴⁴ *Küper* (Ed.), Carl Joseph Anton Mittermaier, 1988.

⁴⁵ Sobre los trabajos de la Comisión parlamentaria *Schubert*, GA 1982, págs. 191 ss.

con vistas al gran cambio de las relaciones sociales hizo emerger rápidamente el refinamiento de la Dogmática y el surgimiento de la Criminología, fue continuamente renovado, completado y adaptado por leyes de reforma⁴⁶, extendiendo su validez hasta el 31.12.1974, y estando vigente todavía en la actualidad en ámbitos extensos de la Parte Especial si bien con profundas modificaciones (en relación con el origen del Código penal imperial alemán vid., más detalladamente, la 2.^a Ed. pág. 74 de esta obra).

§ 11 La reforma del Derecho penal material alemán

Achenbach, Kriminalpolitische Tendenzen in den jüngeren Reformen, JuS 1980, pág. 81; *H.-J. Albrecht*, Ansätze und Perspektiven für die gemeinnützige Arbeit, BewH 1985, pág. 121; *H.-J. Albrecht/Heinel/Meinberg*, Umweltschutz durch Strafrecht? ZStW 96 (1984) pág. 943; *Bacigalupo*, Die spanische und iberoamerikanische Strafrechtsreform usw., en: *Lüttger* (Ed.), Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung, 1979, pág. 115; *Baumann*, Die große Reform im Strafrecht, en: *Nörr* (Ed.), 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland, 1990, pág. 293; *Burgstaller*, Die Strafrechtsreform Österreichs usw., en: *Lüttger* (Ed.), Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung, 1979, pág. 39; *el mismo*, Das neue österreichische Strafrecht in der Bewährung, ZStW 94 (1982) pág. 723; *Eser/Kaiser/E. Weigend* (Edrs.), Vom totalitären zum rechtsstaatlichen Strafrecht, 1993; *Gallas*, Der dogmatische Teil des AE, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Glazebrook*, Criminal Law Reform: England, en: *Kadish* (Ed.), Encyclopedia of Crime and Justice, Tomo 2, 1983, pág. 490; *Ph. Graven*, Die Zukunft des Freiheitsentzugs im schweizerischen und deutschen Strafrecht, ZStW 80 (1968) pág. 198; *Grünwald*, Sicherungsverwahrung usw. im E 1962, ZStW 76 (1964) pág. 633; *el mismo*, Das Rechtsfolgensystem des AE, ZStW 80 (1968) pág. 89; *Gruschmann*, Justiz im Dritten Reich, 1988; *Hassemer*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, pág. 378; *Herzog*, Gentechnologie-Forschungskontrolle durch Strafrecht? ZStW 105 (1993) pág. 727; *Hirsch*, Bilanz der Strafrechtsreform, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 133; *el mismo*, Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen? en: *Kühnel/Miyazawa* (Edrs.), Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich, 1995, pág. 9; *Horstkotte*, Die Anfänge der Strafrechtsreform usw., en: Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, pág. 325; *Jescheck*, Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des E 1962, ZStW 75 (1963) pág. 1; *el mismo*, Die kriminalpolitische Konzeption des AE, ZStW 80 (1968) pág. 54; *el mismo*, Strafen und Maßregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 717; *el mismo*, Stra-

⁴⁶ Vid. el resumen de *Dreher/Tröndle*, StGB, págs. LXIII ss.; además, *LK* (11.^a) (*Jescheck*) Introducción, núms. 48 ss.

frechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975) pág. 1; *el mismo*, Das neue Strafrecht im internationalen Zusammenhang, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1975, pág. 49; *el mismo*, Das neue deutsche Strafrecht in der Bewährung, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1980, pág. 18; *el mismo*, Strafrechtsreform in Deutschland, Allg. u. Bes. Teil, SchwZStr 100 (1983) pág. 1; *el mismo*, Criminal Law Reform: Continental Europe, en: Kadish (Ed.), Encyclopedia of Crime and Justice, Tomo 2, 1983, pág. 483; *el mismo*, Politique criminelle moderne en Europe occidentale, Archives de politique criminelle, Nr. 7, 1984, pág. 23; *el mismo*, Le nouveau droit pénal allemand mis à l'épreuve, ibidem, Nr. 8, 1985, pág. 155; *el mismo*, Homosexualität (rechtlich), en: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Tomo 3, 1987, pág. 3; *el mismo*, Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales usw., Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *el mismo*, Das niederländische StGB im internationalen Zusammenhang, en: van Dijk y otros (Edrs.), Criminal Law in Action, 1986, pág. 5; *el mismo*, Der Allg. Teil des Entwurfs eines polnischen StGB von 1990 usw., Festschrift für G. Spindel, 1992, pág. 849; *el mismo*, Zur Reform des Allg. Teils des tschechoslowakischen StGB usw., Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 543; Jung, Das Strafvollzugsgesetz, JuS 1977, p. 203; Kaiser, Zur kriminalpolitischen Konzeption der Strafrechtsreform, ZStW 78 (1966) pág. 100; *el mismo*, Entwicklungstendenzen des Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 25; *el mismo*, Tendenzen der Entwicklung des heutigen Strafrechts, 1973; *el mismo*, Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts, ZStW 86 (1974) pág. 349; Armin Kaufmann, Die Dogmatik im AE, ZStW 80 (1968) pág. 54; Arthur Kaufmann, Die Irrtumsregelung im E 1962, ZStW 76 (1964) pág. 543; *el mismo*, (Ed.), Gustav Radbruch. Gesamtausgabe, Tomo 9, Strafrechtsreform, 1992; Krüger, Entwicklungstendenzen der sowjetischen Strafgesetzgebung, en: Jescheck/Kaiser/Eser (Edrs.), Zweites deutsch-sowjetisches Kolloquium, 1984, pág. 367; Kühne (Ed.), Opferrechte im Strafprozeß. Ein europäischer Vergleich, 1988; Kuhlen, Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993) pág. 697; Lenckner, Der Besondere Teil des StGB, seine Liberalisierung und ihre Grenzen, 1990; Marinucci, Probleme der Reform des Strafrechts in Italien, ZStW 94 (1982) pág. 349; Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975; H. Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, 1987; Mir Puig, Das Rechtssystem im spanischen Entwurf eines StGB, ZStW 93 (1981), pág. 1293; Möhrens-chlager, Das OrgKG-eine Übersicht nach amtlichen Materialien, wistra 1992, págs. 281, 326; Moos, Die Reformbewegung des Strafrechts in Österreich usw., Festschrift für W. Willburg, 1975, pág. 253; Naucke, Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, 1975; *el mismo*, Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung, GA 1984, pág. 199; Noll, Diskussionsvotum an der Strafrechtslehrtagung 1964 in Hamburg, ZStW 76 (1964) pág. 707; Pagliaro, Verso un nuovo Codice penale? Indice penale 1992, pág. 15; Peters/Lang-Hinrichsen, Grundfragen der Strafrechtsreform, 1959; Pillsbury, Understanding Penal Reform, Journal of Criminal Law 80 (1989) pág. 726; Reggel/Schubert (Edrs.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, II. Abt., Tomos 1, 1;

2, 1, 1988; Tomos 1, 2, 1990; *Reifner/Sonnen* (Edrs.), *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, 1984; *Rieß*, *Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts*, Festschrift für K. Schäfer, 1980, pág. 155; *Røstad*, *Les traits actuels de la politique criminelle en Norvège*, *Archives de politique criminelle*, Nr. 6, 1983, pág. 209; *Roxin*, *Die Behandlung des Irrtums im E 1962*, *ZStW* 76 (1964) pág. 582; *Rüping*, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 2.^a Ed. 1991; *el mismo*, "Streng, aber gerecht" usw., *JZ* 1984, pág. 815; *el mismo*, *Strafjustiz im Führerstaat*, GA 1984, pág. 297; *el mismo*, *Bibliographie zum Strafrecht im Nationalsozialismus*, 1985; *Rüthers*, *Entartetes Recht*, 2.^a Ed. 1989; *Säcker* (Ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992; *Schittenhelm*, *Die Reform des Allgemeinen Teils des sowjetischen Strafrechts*, *ZStW* 101 (1989) pág. 675; *los mismos*, *Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Recht*, 1994; *Schroeder*, *Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz-§§ 175, 182*, *NJW* 1994, pág. 1501; *Schultz*, *Kriminalpolitische Bemerkungen zum E 1962*, *JZ* 1966, pág. 113; *el mismo*, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allg. Teils des Schweiz. StGB*, 1957; *el mismo*, *Où est la neige d'anstan* usw., Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 431; *Schwartz*, *Criminal Law Reform: United States*, en: *Kadish* (Ed.), *Encyclopedia of Crime and justice*, Tomo 2, 1983, pág. 513; *Seidl*, *Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik*, 1974; *Sieber*, *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, *ZStW* 103 (1991) pág. 957; *Spendel*, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, 1984; *el mismo*, *Unrechtsurteile der NS-Zeit*, Festschrift für H. H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 179; *Spinellis*, *Die Entwicklung des griechischen Strafrechts*, *ZStW* 95 (1983) pág. 459; *Spotowski*, *Die Vorbereitung der Strafrechtsreform in Polen*, *ZStW* 94 (1982) pág. 747; *Steyn*, *The Punishment Scene in South Africa*, en: *Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz*, 1974, pág. 527; *Stile*, *Neue italienische Kriminalpolitik nach dem Strafrechtsreformgesetz*, *ZStW* 96 (1984) pág. 172; *Stolleis*, *Recht im Unrecht*, 1994; *Stratenwerth*, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?* *ZStW* 105 (1993) pág. 679; *Terhorst*, *Polizeiliche Vorbeugungshaft im Dritten Reich*, 1985; *Thornstedt*, *Die Strafrechtsreform der skandinavischen Staaten*, en: *Lüttger* (Ed.), *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, 1979, pág. 66; *Tiedemann*, *Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts*, *ZStW* 86 (1974) pág. 303; *el mismo*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht*, *NJW* 1993, pág. 23; *Tröndle*, *Soziale Indikation Rechtfertigungsgrund?* *Jura* 1987, pág. 66; *Verhaegen*, *La révision du Code pénal belge* usw., *SchwZStr* 98 (1981) pág. 1; *Vogler*, *Das neue Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, *NJW* 1983, pág. 2114; *Wassermann*, *Einleitung*, en: *Arthur Kaufmann* (Ed.), *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe*, Tomo 9, *Strafrechtsreform*, 1992, pág. 1; *Wehrle*, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989; *Ewa Weigend*, *Neue Entwicklungen im polnischen Straf, Strafprozeß- und Jugendstrafrecht*, *ZStW* 96 (1984) pág. 188; *Thomas Weigend*, *Das Opferschutzgesetz* usw., *NJW* 1987, pág. 1170; *el mismo*, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen* usw., *ZStW* 105 (1993) pág. 774; *Welzel*, *Diskussionsbemerkungen zur Irrtumsregelung im Entwurf*, *ZStW* 76 (1964) pág. 619; *Zieschang*, *Das Strafsystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht*, 1992.

La reforma del Derecho penal material ha concluido con la promulgación de la nueva redacción de la primera parte del StGB con fecha de 10.3.1987 (BGBl. I pág. 945). Las materias de la Parte Especial que todavía han quedado sin modificar serán asimismo reformadas poco a poco. Un paso especialmente importante lo dio la Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y otras formas de manifestación de la criminalidad organizada (OrgKG) de 15.7.1992 (BGBl. I pág. 1302). En la misma dirección camina la Ley para la lucha contra el delito de 28.10.1994 (BGBl. I pág. 3186), aunque a través del reforzamiento de la reparación del daño en el sistema de sanciones también ha avanzado por el camino de la descriminalización. La Ley de asistencia jurídica internacional en causas penales de 23.12.1982 (BGBl. I pág. 2071)¹ constituye un complemento del Derecho penal internacional del StGB (§§ 3-7, 9). La parte principal de la Ley penitenciaria de 16.3.1976 (BGBl. I pág. 581) ha entrado en vigor el 1.1.1977². Por el contrario, el proceso penal aguarda todavía una reforma global para cuya ejecución parece faltar por el momento un concepto claro. No obstante, en un pasado reciente algunas materias concretas han sido objeto una nueva regulación, en especial a través de la 1. StVRG de 9.12.1974 (BGBl. I pág. 3393, 3533), la Ley que complementa a ésta de 20.12.1974 (BGBl. I pág. 3686), la StVÄG de 5.10.1978 (BGBl. I pág. 1645) y la Ley de protección de las víctimas en su redacción de 7.4.1987 (BGBl. I pág. 1074)³. Modificaciones adicionales han traído consigo la OrgKG, la Ley para la descarga de la Administración de Justicia de 11.1.1993 (BGBl. I pág. 50) y la Ley para la lucha contra el delito. No obstante, debe ser emprendida una reforma global del proceso penal⁴. La reforma de todas estas materias demuestra ya un esfuerzo global del legislador que en el contexto del Derecho comparado devuelve al Derecho penal alemán, incluyendo también al proceso penal, el Derecho penitenciario y el Derecho de contravenciones, el rango que anteriormente poseía.

I. La reforma hasta la Primera Guerra Mundial

Durante la etapa del Imperio se introdujeron unas pocas novedades en el StGB motivadas por las circunstancias temporales de la época. La reforma global tuvo que ser preparada por un Proyecto (1909) en el que todavía eran dominantes las ideas de

¹ En relación con su contenido *Vogler*, NJW 1983, pág. 2114.

² Sobre su contenido *Jung*, JuS 1977, págs. 203 ss.

³ Al respecto, *Th. Weigend*, NJW 1987, pág. 1170, así como *Kühne* (Ed.), *Opferrechte im Strafprozeß*, 1988.

⁴ En este sentido *Rieß*, Schäfer-Festschrift págs. 155 ss.

la Escuela clásica, al que los profesores *Kahl*, *v. Lilienthal*, *v. Liszt* y *James Goldschmidt* opusieron un Contraproyecto (1911) más avanzado. La primera Comisión de Derecho penal redactó el Proyecto de 1913 que, sin embargo y como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, no siguió adelante en el proceso legislativo (vid., más detalladamente, la 2.^a ed. de esta obra págs. 75, 81).

II. La labor de reforma político-criminal de la República de Weimar

1. La **renovación política** del Imperio tras la derrota de la Guerra Mundial, el esfuerzo del Gobierno en una mejora radical en el ámbito de la política social, la influencia creciente de la Escuela Moderna del Derecho penal sobre la opinión pública y la entrada en la política activa de penalistas teóricos (*Radbruch*, *Kahl*), trajeron consigo la labor de reforma de la República de Weimar que hasta la importante reforma contemporánea constituyó la base del Derecho penal alemán. La configuración de la pena de multa, la creación de un Derecho penal juvenil especial, la reforma penitenciaria y la introducción de la desaparición de los antecedentes penales con vistas a la rehabilitación del condenado, fueron las principales conquistas de la legislación de aquella época. El complemento de la pena con las medidas de seguridad fue ya preparado por los distintos proyectos (vid., para más detalle la 2.^a Ed. de esta obra, pág. 75)⁵.

2. Los **trabajos de reforma global** del Derecho penal continuaron a través de varios proyectos. El de 1919, que supuso una revisión de la redacción del Proyecto de 1913, trajo consigo avances esenciales en la dirección de la Escuela Moderna, aunque en este punto fue ampliamente superado por el Proyecto de 1922 que fue redactado personalmente por *Gustav Radbruch*, por aquel entonces Ministro de Justicia⁶. Los Proyectos oficiales de 1925 y 1927 significaron un repliegue parcial a las posturas básicas más tradicionales. El prometedor Proyecto de 1930, redactado por la Comisión de Derecho penal del Parlamento Imperial (*Reichstag*) bajo la dirección de *Wilhelm Kahls* y que había adquirido ya el carácter de un verdadero compromiso, fracasó por la disolución del *Reichstag* en el año 1932.

⁵ Los enfrentamientos intelectuales durante estos pocos, aunque decisivos años para el destino de Alemania, se reflejaron también en las discusiones en torno a la reforma del Derecho penal; vid. *Seidl*, *Der Streit um den Strafzweck*, 1974. Una perspectiva histórica de la reforma penal la suministra *LK* (11.^a) (*Jescheck*) Introducción, núms. 48 ss.; *Horstkotte*, *Anfänge der Strafrechtsreform* págs. 332 ss.

⁶ Acerca de la obra de Radbruch *Wassermann*, *Einleitung* págs. 21 ss., en: *Arthur Kaufmann* (Ed.), *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe*, Tomo 9. Sobre el Proyecto de *Radbruch* de 1922, anotaciones propias, *ibidem* págs. 136 ss.

Este revés supuso el propio hundimiento de la reforma del Derecho penal de la República de Weimar (vid., en más detalle la 2.^a Ed. de esta obra, págs. 81 ss.)⁷.

III. La reforma del Derecho penal durante la época del nacional-socialismo y la reacción de las fuerzas de ocupación

1. De los *profundos ataques del régimen totalitario* al Derecho penal tan sólo unos pocos han sido duraderos. La ley de delincuentes habituales de 1933 asumió de los anteriores proyectos las medidas de aseguramiento y corrección, la atenuación facultativa en casos de imputabilidad disminuida (§ 51 II en su redacción anterior) y la disposición penal en contra de la embriaguez plena (§ 330 a, en su anterior redacción). La Ordenanza de unificación del Derecho penal (StrafrechtsangleichungVO) de 1943 introdujo la limitación de la accesoriedad en la participación (§ 50 I, en su antigua redacción). La JGG de 1943 llevó a efecto una concepción moderna del Derecho criminal juvenil que, todavía parcialmente, fundamenta la vigente JGG de 1953. Por el contrario, el Proyecto de 1936 redactado por la Comisión oficial de Derecho penal no fue promulgado por el Gobierno del Imperio porque, entretanto, las fuerzas radicales habían obtenido la mayoría (vid. más prolijamente, la 2.^a Ed. de esta obra, págs. 75 ss.)⁸. Los trabajos dirigidos a la elaboración de un proyecto fueron continuados durante la guerra en el Ministerio de Justicia y, de hecho, fructificaron en el año 1944 con otro proyecto de Código penal que debería entrar en vigor en el año 1945⁹.

2. Por medio de la Ley del Consejo de Control núm. 11 del año 1946, las *fuerzas de ocupación* eliminaron la admisibilidad de la analogía, de la determinación alternativa del hecho (§§ 2, 2b en su anterior redacción), así como la medida consistente en la castración de peligrosos delincuentes sexuales (§ 42 k en su anterior redacción). Debido a la permanente profundización en la división de Alemania en la República Federal y en

⁷ LK (11.^a) (Jescheck) Introducción, núms. 66 ss.

⁸ LK (11.^a) (Jescheck) Introducción, núms. 50 ss., 70. Vid. los Proyectos elaborados entre 1933 y 1936 y los protocolos de la Comisión de Derecho penal 1933-34 con las bases de las deliberaciones en: Regge/Schubert (Edrs.), Quellen, Abt. II, Tomo 1, pág. 1; 2, 1, 1988; Tomo 1, 2, 1990, págs. 617 ss. En relación con las intensas discusiones acerca del Derecho penal y su aplicación en la época nacional-socialista: Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975; Rüping, Grundriß págs. 94 ss.; el mismo, JZ 1984, págs. 815 ss.; el mismo, GA 1984 págs. 297 ss.; el mismo, bibliographie, 1985; Spindel, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, 1984; el mismo, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 179 ss.; Terhorst, Vorbeugungshaft im Dritten Reich, 1985; Reifner/Sonnen (Edrs.), Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich, 1984; Gruschmann, Justiz im Dritten Reich, 1988; Rütters, Entartetes Recht, 1989; Säcker, Recht und Rechtslehre, 1992; vid., además, la discutida obra de Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, 1987.

⁹ Sobre ello Wehrle, Justiz-Strafrecht págs. 661 ss.; acerca del Derecho penal durante el nacional-socialismo vid., además, Stolleis, Recht im Unrecht págs. 29 ss., 221 ss., 233 ss.

la República Democrática, desde el año 1949 se perdió la unidad jurídica en el ámbito del Derecho penal (vid. 2.^a Ed. de esta obra, § 9). Ésta fue recuperada en el año 1990.

IV. La labor de reforma durante la República Federal

Ante todo, la legislación de la República Federal ha renovado progresivamente la Parte General del StGB, emprendiendo así una **reforma global** a través de la 1. StrRG de 25.6.1969 (BGBl. I pág. 645), la 2. StrRG de 4.7.1969 (BGBl. I pág. 717) y la EGStGB de 2.3.1974 (BGBl. I pág. 469). La Parte Especial fue asimismo profundamente transformada por la citada Ley introductoria (EGStGB) y numerosas leyes de reforma penal, aunque el desarrollo en este ámbito no está todavía concluido¹⁰.

En el ámbito de la Parte General la Constitución ya había abolido la pena de muerte (art. 102 GG) y elevado a derecho fundamental la *determinación legal de los delitos y las penas* (art. 103 II GG)¹¹. La primera Ley para la protección del tráfico vial de 19.12.1952 (BGBl. I pág. 832) creó como nueva medida de seguridad la *privación del permiso de conducir* (§ 42 m en su anterior redacción). La 3. StÄG de 4.3.1953 (BGBl. I pág. 753) dio el paso más importante hacia la modernización del sistema de sanciones con la introducción de la *suspensión a prueba de la pena* (§ 23 en su anterior redacción) y de la *libertad condicional* (§ 26 en su anterior redacción), vinculando asimismo a los delitos cualificados por el resultado (por ejemplo, §§ 224, 239 II, III) al requisito de la imprudencia para salvaguardar el principio de culpabilidad (§ 56 en su anterior redacción). La segunda Ley sobre protección del tráfico vial de 26.11.1964 (BGBl. I pág. 921) trajo consigo la *prohibición de conducir* como pena accesoria en los delitos relativos al tráfico de vehículos a motor (§ 37 en su anterior redacción), así como un endurecimiento de las disposiciones relativas a la privación del permiso de conducir (§ 42 m II en su anterior redacción).

El desarrollo del Derecho penal juvenil fue continuado con la introducción en la JGG de 4.8.1953 (BGBl. I pág. 751) de la categoría de los *semiadultos* hasta la finalización de los 21 años de edad (§ 105 JGG). A través de la OWiG de 15.3.1952 (BGBl. I pág. 177) se inició la *descriminalización del Derecho penal de bagatela*, prosiguiendo ésta por medio de la OWiG de 24.5.1968 (BGBl. I pág. 481) (vid. *supra* § 7 V 1). La EGOWiG de la misma fecha (BGBl. I pág. 503) comportó la reforma de las *disposiciones sobre el comiso* (§§ 40-42 en su redacción anterior). La *reforma penitenciaria* fue intro-

¹⁰ Un resumen global puede encontrarse en Jescheck, SchwZStr 91 (1975) págs. 1 ss.; *el mismo*, SchwZStr 100 (1983) págs. 1 ss.; para una valoración de conjunto vid. Hirsch, Hilde-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 157 ss. y Baumann, Die große Reform págs. 293 ss.

¹¹ Vid. Maunz/Dürig, art. 102 núm. 4, art. 103 núm. 98.

ducida con la adopción y armonización de una ordenación común para los distintos Länder del servicio y la ejecución, que concluyó con la Ley penitenciaria de 16.3.1976 (BGBl. I pág. 581).

2. El día 1 de enero de 1975 entró en vigor en Alemania una **nueva redacción del Código penal** (promulgado con fecha de 2.1.1975, (BGBl. I pág. 1). La **Parte General** fue completamente transformada, cambiando también el orden y la numeración de sus párrafos. Asimismo, la Parte Especial fue profundamente renovada aunque manteniéndose en su esencia la actual ordenación de las materias y de los números de los párrafos, para no dificultar innecesariamente el trabajo en la praxis. El **10.3.1987** tiene lugar la **promulgación** de un nuevo texto (BGBl. I pág. 945) que incorpora las numerosas reformas y cambios introducidos con posterioridad al año 1975.

a) La labor de renovación normativa alemana se produce en el marco de un gran **movimiento internacional** de reforma que tuvo lugar desde finales de los años cincuenta¹². Éste perseguía la transformación del Derecho penal de modo que pudiera dar mejor cabida al cambio de las relaciones sociales en la época de una sociedad pluralista, a la técnica y a la puesta en peligro de la existencia humana con la destrucción del medio ambiente; del mismo modo, permitió asumir los avances de la teoría y praxis del Derecho penal y de la Criminología. El movimiento de reforma no sólo fue llevado a cabo por los viejos países continentales del Occidente europeo¹³, sino que abarcó también al mundo del Derecho anglo-americano¹⁴, al grupo de los anteriores países

¹² Jescheck, MPG-Jahrbuch 1975, págs. 49 ss.; *el mismo*, Archives de politique criminelle núm. 7, 1984, págs. 23 ss.

¹³ Vid. Pradel, Le nouveau Code pénal, 1994; Zieschang, Das Strafsystem in der Reform, 1992 (Francia); Marinucci, ZStW 94 (1982), págs. 349 ss.; Stile, ZStW 96 (1984) págs. 172 ss.; Pagliaro, Indice penale 1992, 15 (Italia); Mir Puig, ZStW 93 (1981) págs. 1293 ss.; Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 (España); Røstad, Archives de Politique criminelle núm. 6, 1983, págs. 209 ss. (Noruega); Thornstedt, Strafrechtsreform págs. 66 ss. (países escandinavos); Spinellis, ZStW 95 (1983) págs. 459 ss. (Grecia); Verhaegen, SchwZStr 98 (1981) págs. 1 ss.; Ministère de la Justice, Observations de la Commission pour la Révision du Code Pénal sur l'Avant-Projet de Code Pénal de M. Robert Legros, 1986 (Bélgica); Schultz, Bericht und Vorentwurf 1987 (Suiza); Moos, Wilburg-Festschrift págs. 253 ss. (Austria); Hünerfeld, JZ 1983, pág. 673 (Portugal); Jescheck, Das niederländische StGB págs. 5 ss. Puede verse un resumen en Jescheck, Encyclopedia Tomo II págs. 483 ss., así como en LK (11.ª) (Jescheck) núms. 108 ss.

¹⁴ Vid. en relación a Inglaterra, Glazebrook, Encyclopedia Tomo II págs. 490 ss.; The Law Commission, A Criminal Code for England and Wales, 1989; Jescheck, R. Schmitt-Festschrift pág. 56; respecto a los EE.UU. Schwartz, Encyclopedia Tomo II págs. 513 ss.; Pillsbury, Journal of Criminal Law 80 (1989) pág. 726. Acerca de la necesidad de una amplia reforma del Derecho penal en Sudáfrica vid. Steyn, Radzinowicz-Festschrift págs. 527 ss.

socialistas¹⁵ y al marco latinoamericano¹⁶. En el ámbito de influencia jurídica alemana, el StGB austríaco de 23.1.1974 ha sido redactado en contacto recíproco con la Ciencia y legislación penal alemana, entrando en vigor el mismo día que lo hiciera la nueva redacción alemana del año 1975¹⁷.

b) El curso y los resultados de la reforma alemana han estado determinados principalmente por **tres clases de influencias**. Durante los años 1954-1959 la Gran Comisión de Derecho penal, después de diversas investigaciones dogmáticas y de Derecho comparado¹⁸, redactó un proyecto que tras algunas modificaciones en el ámbito de los Länder dio como resultado el *Proyecto de 1962* que el Gobierno Federal envió al Parlamento¹⁹. La ventaja de este texto residió sobre todo en la regulación exacta de los presupuestos de la punibilidad en la Parte General y en la redacción precisa de los tipos de la Parte Especial. Por el contrario, el sistema de sanciones del Proyecto, que apenas pudo alejarse del viejo concepto del Derecho concebido de un modo represivo y fundamentado en la pena de prisión, fue muy pronto blanco de las críticas²⁰. El *Proyecto Alternativo* de StGB del año 1966²¹ tuvo una gran influencia sobre la labor de reforma; elaborado como iniciativa privada por parte de catorce profesores de Derecho penal alemanes y suizos, sig-

¹⁵ Vid. *Jescheck*, Spindel-Festschrift pág. 849; *Spotowski* ZStW 94 (1982) págs. 747 ss. y *Ewa Weigend*, ZStW 96 (1984) págs. 188 ss. (Polonia); *Jescheck*, Baumann-Festschrift pág. 543 (Checoslovaquia); *Kriger*, Zweites deutsch-sowjetisches Kolloquium págs. 367 ss.; *Schittenhelm*, ZStW 101 (1989) pág. 675; *los mismos*, Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Recht, 1994 (Unión Soviética); *Eser/Kaiser/E. Weigend* (Edrs.), Vom totalitären zum rechtsstaatlichen Strafrecht, 1993 (países del este de Europa).

¹⁶ Vid., sobre ello, *Jescheck*, Heinitz-Festschrift págs. 717 ss.; *Bacigalupo*, Strafrechtsreform págs. 115 ss.; Esboço de Anteprojeto do Código Penal, Parte Especial, 1994 (Brasil).

¹⁷ Vid., al respecto, *Burgstaller*, Strafrechtsreform págs. 39 ss.; sobre la cuestión relativa a los resultados de la nueva normativa, *el mismo*, ZStW 94 (1982) págs. 723 ss.

¹⁸ Vid. Materialien zur Strafrechtsreform, Tomo 1: Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954; Tomo 2: Rechtsvergleichende Arbeiten, Parte I: Allgemeiner Teil, 1954; Parte II: Besonderer Teil, 1955.

¹⁹ Las actas de las sesiones de la Gran Comisión de Derecho penal fueron publicadas en 14 tomos (1956-1960). Acerca del Proyecto de 1962 vid. la valoración global realizada por *Jescheck*, ZStW 75 (1963) págs. 1 ss.

²⁰ Vid., en especial, *Peters*, Grundfragen der Strafrechtsreform págs. 13 ss.; *H. Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; *Schultz*, JZ 1966, págs. 113 ss.; además, en relación con la dogmática del E 1962, Referate und Diskussionsbemerkungen de *Arthur Kaufmann*, *Roxin*, *Welzel*, *Grünwald*, *Stratenwerth*, *Noll*, en las Jornadas de Profesores de Derecho Penal del año 1964 en Hamburgo, ZStW 76 (1964) págs. 543 ss.; *Kaiser*, ZStW 78 (1966) págs. 100 ss.

²¹ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2.^a Ed. 1969, presentado por *Baumann*, *Brauneck*, *Hanack*, *Arthur Kaufmann*, *Klug*, *Lampe*, *Lenckner*, *Maihofer*, *Noll*, *Roxin*, *Schmitt*, *Schultz*, *Stratenwerth*, *Stree* con la colaboración de *Quensel*.

nificó el intento de aunar en un solo portavoz las múltiples voces críticas que se levantaron en contra del E 1962, aunque materializadas en una propuesta legal elaborada. En 1968 el AE fue presentado en el Parlamento Federal por el Grupo Parlamentario del FDP y discutido junto con el E 1962. El significado de este segundo proyecto residió sobre todo en sus consecuentes propuestas sobre la reforma de las penas y medidas de seguridad²². Para aunar ambos proyectos no se requirió un tercer esfuerzo basado en opiniones científicas o puntos de vista político-criminales de escuela. La síntesis de los dos proyectos, en cuyo contenido dogmático se impuso el E 1962 y en el sistema de penas el AE, hay que agradecerla²³ a la *Comisión especial del Parlamento Federal para la reforma del Derecho penal* (1966-1969) cuyo recorrido tuvo el apoyo de la sección de Derecho penal del Ministerio de Justicia. El Parlamento Federal y el Ministerio se mostraron favorables a un desarrollo progresista, aunque sin formulaciones radicales que caminaran en la dirección de la renuncia al principio de culpabilidad, la abolición de la pena o la eliminación de la doble vía. El nuevo Derecho penal pudo ser asumido sin grandes dificultades por la Comisión especial y la praxis, e incluso por la población, porque la actitud de la opinión pública en torno a los fines y medios del Derecho penal se ha transformado profundamente más allá de las fronteras del mundo científico. En realidad no se renunció a la idea de criminalidad y a la necesidad de su lucha, pero ésta sí se transformó a favor de una concepción más libre y humana²⁴.

c) **Disposiciones características de la nueva Parte General**, que sobre todo han servido para la delimitación y mayor determinación del Derecho penal, fueron el viraje del principio de personalidad y de territorialidad en Derecho penal internacional (§ 3), la definición del injusto de los delitos de omisión impropia (§ 13), la contraposición del error de tipo y de prohibición (§§ 16, 17), el reconocimiento de la perturbación psíquica grave (casos extremos de psicopatía,

²² En relación con su defensa y crítica vid. las ponencias de *Gallas, Armin Kaufmann, Jescheck, Grünwald* y las contribuciones a la discusión de las Jornadas de Profesores de Derecho penal de 1967 en Münster, ZStW 80 (1968) págs. 1 ss. Sobre el efecto del AE *Schultz, Baumann-Festschrift* págs. 431 ss.

²³ Las deliberaciones de la Comisión especial están publicadas en los expedientes del V. Wahlperiode 1.-130 Sesión, VI. Wahlperiode 1.-76 Sesión y del VII. Wahlperiode 1.-91 Sesión. En relación con el método de trabajo vid. BT-Drucksache V/4094 págs. 1 ss. En el VIII. Wahlperiode no se constituyó ninguna comisión especial.

²⁴ Vid., para más detalles, *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) págs. 11 ss. Además, ZStW 86 (1974) págs. 303 ss.; *Kaiser*, ZStW 86 (1974) págs. 349 ss.; *el mismo*, Maurach-Festschrift págs. 25 ss.; *el mismo*, Tendenzen págs. 29 ss.; *Ph Graven*, ZStW 80 (1968) págs. 199 ss.

neurosis y anomalía del instinto) como causa de inculpabilidad (§ 20), la definición objetivo-individual de tentativa (§ 22), la restricción de la punibilidad de la tentativa inidónea para casos de incomprensión burda ("*aus grobem Unverstand*"), la delimitación objetivo-material de las formas de codelincuencia (§§ 25-27) con la exigencia de un hecho principal doloso (§§ 26, 27), la regulación del estado de necesidad "supralegal" (§ 34) y la introducción de una disposición relativa al error en el estado de necesidad exculpante (§ 35 II).

d) Sin embargo, el punto neurálgico de la reforma de la Parte General no residió en los presupuestos de la punibilidad sino en las **penas y medidas de seguridad**. La pena de prisión única (§ 38) vino a sustituir a las de presidio, prisión y arresto. La pena de prisión tiene como límite mínimo un mes (§ 38 II), aunque tan sólo es admisible excepcionalmente por debajo de los seis meses (§ 47). La agravación obligatoria para casos de reincidencia fue derogada (§ 48 en su redacción anterior). La suspensión a prueba de la pena y la libertad condicional han sido ampliadas considerablemente (§§ 56-57). La 23. StÄG de 13.4.1986 ha mejorado aún más esta regulación. Con la 20. StÄG de 8.12.1981 se introdujo para la cadena perpetua, como consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 45, 187), la posibilidad de su suspensión tras quince años de cumplimiento (§ 57 a). En la pena de multa el legislador asumió el sistema de cuota diaria, con lo que para la determinación de la cuantía de ésta parte de la renta neta real o futura (§ 40). La pena de multa de hasta 180 días-multa puede ser sustituida por la reprensión con reserva de pena en atención a circunstancias especiales (§ 59). Para evitar la ejecución del arresto sustitutorio (§ 43) el condenado puede cumplir con trabajos en beneficio de la comunidad (art. 293 EGStGB). Para una lucha más eficaz contra la criminalidad organizada fueron introducidas las penas patrimoniales (§ 43 a) y la confiscación (§ 73 d)²⁵. El Derecho vigente se ha mantenido en el sistema de la doble vía (§ 61). Una medida de seguridad nueva, que sobre todo debe servir para delincuentes multi-reincidentes y para el aseguramiento y ayuda del reo, es la libertad vigilada (§§ 68 ss.). Prescindiendo de la custodia de seguridad, con carácter general la ejecución de la medida de seguridad es previa a la pena y su cumplimiento es abonado a ésta, existiendo la posibilidad de ser sustituido el cumplimiento del resto de la sanción (§ 67). También está prevista la suspensión a prueba de la ejecución de la medida de seguridad (§§ 67 b y c).

²⁵ Sobre ello Möhrenschrager, wistra 1992, págs. 283 ss., 285 ss.

e) La **Parte Especial** muestra, a pesar de que su reforma todavía no ha concluido, una imagen completamente distinta²⁶. Ya en el año 1968 el Derecho penal político se desprendió por su fijación demasiado estrecha a la tensa relación con la RDA, adaptándose de modo consciente a los principios de un Estado de Derecho liberal. La 1. StrRG de 25.6.1969 (BGBl. I pág. 645) eliminó la punibilidad del adulterio, las relaciones homosexuales entre varones adultos y el bestialismo, reformó las disposiciones sobre el hurto agravado (§§ 243, 244) e introdujo la protección penal de los registros técnicos (§ 268). La 3. StrRG de 20.5.1970 (BGBl. I pág. 505) restringió esencialmente los denominados delitos de manifestación, especialmente el delito de desórdenes públicos (§ 125). Posteriormente, sin embargo, la ley de 18.7.1985 (BGBl. I pág. 1511) endureció el § 125 por medio de la prohibición del “enmascaramiento” y del “armamento pasivo”, configurando a ambos comportamientos como infracción administrativa de la Ley de reuniones. Con los delitos monetarios la sección 8.^a fue redactada de modo distinto en relación con la falsificación de efectos timbrados (§ 148). El poderoso cambio de conceptos fundamentales y de las concepciones ideológicas en el ámbito del honor, la familia y la moral sexual, se evidenció con las transformaciones emprendidas por la 4. StrRG de 23.11.1973 (BGBl. I pág. 1275) en la sección 12.^a relativa a los delitos contra la familia y en la sección 13.^a acerca de los delitos sexuales²⁷. Al respecto, la 29. StÄG de 31.5.1994 (BGBl. I pág. 1168) ha dado un paso más: ha eliminado por completo la especial punibilidad de comportamientos sexuales y ha derogado el § 175. A partir de ahora, por medio de un único precepto (§ 182), los jóvenes de *ambos* sexos de 14 y 15 años están protegidos frente a acciones sexuales cuando el autor se sirve para ello de determinadas relaciones de dependencia²⁸.

La regulación definitiva sobre la interrupción del embarazo está todavía ausente. La solución del plazo prevista por la 5. StrRG de 18.6.1974 (BGBl. I pág. 1297) fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 39, 1)²⁹. En vista de ello, la 15 StÄG de 18.5.1976 (BGBl. I pág. 1213) introdujo la solución de las indicaciones. Tras la adhesión de la anterior RDA

²⁶ Lenckner, Der Besondere Teil des StGB págs. 325 ss.

²⁷ En relación con el § 175 Jescheck, Homosexualität (rechtlich), en: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft Tomo 3 págs. 3 ss.

²⁸ Sobre ello, Schroeder, NJW 1994, pág. 1501.

²⁹ Por el contrario, el Tribunal Constitucional austríaco y el Consejo Constitucional francés no han puesto reparos a las respectivas disposiciones del nuevo Derecho austríaco y francés, correlativas al § 218 a alemán en su anterior redacción, al poseer estos países una situación jurídico-constitucional distinta (al respecto, Jescheck, Jahrbuch der MPG 1975, pág. 56).

coexistió junto a aquélla la solución del plazo, vigente hasta entonces en la zona oriental, aunque el art. 31 IV EV declaró como una “misión del legislador común” la creación de una nueva regulación unitaria. La Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia de 27.7.1992 (BGBl. I pág. 1398) ha previsto la solución del plazo con el deber de asesoramiento para el conjunto del territorio federal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal, por medio de la sentencia de 28.5.1993 (BVerfGE 88, 203), ha declarado nulos los §§ 218 a I (solución del plazo) y 219 (regulación del asesoramiento), siendo sustituidos por el § 219 hasta la entrada en vigor de una nueva regulación (BGBl. 1993 I pág. 820), de acuerdo con las prescripciones del § 31 II BVerfGG. En realidad, a diferencia de la BVerfGE 39, 1, no ha cuestionado la impunidad de la interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico dentro de las doce semanas posteriores a la concepción, pero ha mantenido el carácter antijurídico del ataque. Las causas de justificación contenidas en el § 218 a II (indicación terapéutica) y III (indicación eugenésica) rigen todavía como Derecho vigente tal y como reconoce la propia sentencia. Todavía no ha sido llevada a efecto una regulación legal a escala federal acerca de las cuestiones que quedan sin resolver³⁰.

Acontecimientos de actualidad condujeron hacia nuevas disposiciones sobre el secuestro dirigido a la extorsión (§ 239 a), la toma de rehenes (§ 239 b) y las agresiones al tráfico aéreo (§ 316 c), a través de las 11. y 12. StÄG de 16.12.1971 (BGBl. I pág. 1977, 1979), así como a un endurecimiento de las disposiciones penales sobre terrorismo (§§ 126, 129 a) por medio de la 14. StÄG de 22.4.1976 (BGBl. I pág. 1056) y la Ley de 19.12.1986 (BGBl. I pág. 2181). La Ley para la lucha contra el terrorismo de 19.12.1986 (BGBl. I pág. 2566/67) agravó el § 129 a, renovó el § 130 a relativo a la instigación a la comisión de hechos punibles e introdujo el § 305 a) concerniente a la destrucción de importantes medios de trabajo. Por motivos de mayor claridad jurídica, la 13. StÄG de 13.6.1975 (BGBl. I pág. 1349) también ha procedido a una nueva configuración de la regulación del § 142 relativo al alejamiento no permitido del lugar del accidente.

Además, la primera Ley sobre la Lucha contra la Criminalidad Económica de 29.7.1976 (BGBl. I pág. 2034), con la introducción de las disposiciones penales relativas al fraude de subvenciones (§ 264) y la estafa de crédito (§ 265 a), abarcó por primera vez dos formas típicas de la moderna delincuencia de cuello blanco (“White-collar-crime”) a través de la creación de nuevos tipos de peligro en los que el suministro de la información falsa es suficiente para la punibilidad

³⁰ No obstante, deberá ser tomada en cuenta la nueva regulación introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

y donde, incluso, el acaecimiento del daño patrimonial al que el dolo se dirige no necesita ser probado. Asimismo, las insolvencias punibles fueron trasladadas de la Ordenanza concursal a la Sección 24.^a del Código penal (§§ 283-283 d), se adaptaron a las necesidades político-criminales de la lucha contra la bancarrota fraudulenta y se amoldaron mejor a las exigencias del principio de culpabilidad. Finalmente, en la Sección 25.^a fueron sustituidos los delitos de usura (§§ 302 a-f en su redacción anterior) por una sola disposición penal contra la usura (§ 302 a) que, además de la denominada usura arrendaticia y crediticia, incluye el aprovechamiento engañoso y usurero en otras prestaciones. La segunda Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica de 15.5.1986 (BGBl. I pág. 721) ha continuado este desarrollo. Se tienen en cuenta los cambios técnicos y económicos de las formas de operar en el tráfico negocial, incluyéndose así normas penales dirigidas a combatir la criminalidad informática, a proteger el tráfico de pagos que no se realizan en efectivo y a la tutela de personas que buscan inversiones fiscalmente beneficiosas o de alto riesgo. Por medio de la OrgKG de 15.7.1992 también han sido introducidas disposiciones penales adicionales destinadas a mejorar la lucha contra la criminalidad organizada: el hurto en cuadrilla (§ 244 a), las bandas dedicadas a la receptación (modificación del § 260) y las que lo hacen profesionalmente (§ 260 a), así como el blanqueo de capitales (§ 261). La Ley de Lucha contra el Delito de 28.10.1994 (BGBl. I pág. 3186) ha ampliado el tipo de la instigación al amotinamiento popular (§ 130), agravando asimismo las normas relativas a las lesiones corporales (§§ 223 ss.).

La Sección 28.^a de la Parte Especial sobre los delitos contra el medio ambiente fue creada por la 18. StÄG de 28.3.1980 (BGBl. I pág. 373), agrupando las disposiciones referidas a la protección de las aguas y el aire, a la evacuación de residuos peligrosa para el medio ambiente, así como a la protección frente a la contaminación sonora y radiaciones ionizantes que, en su mayoría, ya estaban contenidas en la legislación penal especial. Las nuevas normas castigan, asimismo, comportamientos imprudentes y previenen diferentes agravaciones en caso de grave peligro para el medio ambiente (§ 330). De acuerdo con el § 330 d núm. 1, el concepto de las aguas abarca también al mar y, de conformidad con ello, el § 5 núm. 11 extiende la potestad punitiva alemana a hechos llevados a cabo sobre el zócalo continental alemán que consistan en la polución de las aguas (§ 324), la eliminación de residuos peligrosa para el medio ambiente (§ 326), comportamientos gravemente amenazadores del medio ambiente (§ 330) y su puesta en grave peligro por medio de la liberación de sustancias tóxicas (§ 330 a)³¹. La 31. StÄG

³¹ Sobre todo ello, *H.-J. Albrecht/Heinel/Meinberg*, ZStW 96 (1984) págs. 943 ss.

de 27.6.1994 (BGBl. I pág. 1440) ha introducido una disposición penal referida a la contaminación terrestre (§ 324 a), expandiendo y endureciendo, asimismo, el Derecho penal medioambiental vigente.

De un considerable significado práctico son, además, la transformación de la Sección 19.^a sobre encubrimiento y receptación, y la reordenación de la Sección 29.^a sobre delitos cometidos por funcionarios públicos a la que sirven de base las definiciones de autoridad (BGHSt 31, 264 [267 ss.]), juez y personas obligadas especialmente al servicio público (§ 11 I núms. 2-4).

f) La promoción del **proceso descriminalizador del Derecho penal**³² ha encontrado eco tanto en la Parte Especial como también en el Derecho procesal penal. En relación con la primera ha sido suprimida la anterior Sección 29.^a relativa a las *faltas*. En los supuestos de hurto y apropiación indebida de cosas de escaso valor fue introducido, además, la necesidad de interponer querrela penal (§ 248 a); este precepto también resulta aplicable a otros delitos patrimoniales (por ejemplo, §§ 259 II, 263 IV, 265 a III, 266 III). Otros dos preceptos del *Derecho procesal penal* van dirigidos también a la descriminalización. Como excepción al deber de persecución de oficio, la Fiscalía puede archivar el proceso *sin* necesidad de la aprobación del Tribunal en delitos menos graves que posean una pena cuyo límite mínimo no sea el de prisión agravada, siempre que los daños y la culpabilidad del autor sean de escasa importancia y no exista ningún interés público en su persecución penal (§ 153 I 2 StPO). Asimismo, a través del § 153 a StPO también ha sido introducida la posibilidad de retirar provisionalmente la acusación por parte de la Fiscalía bajo la imposición de condiciones y advertencias, siempre que su disposición sea idónea para hacer desaparecer el interés público en la persecución penal y no se oponga a ello la gravedad de la culpabilidad del autor (vid. *supra* § 8VI 1). El Tribunal posee también facultades similares (§§ 153 II, 153 a II StPO).

3. El nuevo Derecho penal creado desde la Reforma de 1969 ha superado hasta el momento su período de prueba³³. No obstante, para el futuro inmediato le esperan **misiones nuevas e importantes**. La más próxima es la lucha eficaz contra la criminalidad organizada. A ella le sigue la urgente ampliación de la protección del medio ambiente al clima, los mares, el bosque y la contención de los residuos³⁴. De un significado actual inmediato es también la introducción de

³² Al respecto, *Achenbach*, JuS 1980, págs. 82 ss., 86 ss.; *Naucke*, GA 1984, págs. 199 ss.

³³ *Jescheck*, MPG-Jahrbuch 1980 págs. 18 ss.; *el mismo*, Archives de politique criminelle núm. 8, 1985, págs. 153 ss.; *Hirsch*, Hilde-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 133 ss.

³⁴ En relación con esto *Kuhlen*, ZStW 105 (1993) págs. 697 ss.

un poder sancionador de la Unión Europea adecuado al Estado de Derecho (vid. *infra* § 18 VII 3)³⁵. Una futura misión adicional es el control de la tecnología genética para la preservación de los factores hereditarios naturales de la persona³⁶. Mientras que la lucha contra la criminalidad organizada y la dotación a los órganos de la Unión Europea con las competencias sancionadoras adecuadas puede conseguirse con los medios tradicionales del Derecho penal y del administrativo-sancionador, se proponen nuevos derroteros para la protección de los bienes jurídicos universales de la Humanidad que no poseen ninguna relación concreta con los individuos necesitados de protección o sus comunidades. De este modo, *Hassemer* recomienda la introducción de un "Derecho intervencionista" que ocupe su lugar entre el Derecho penal y el administrativo-sancionador, y que deba disponer de "garantías menos pretenciosas" que el Derecho penal clásico³⁷. Por el contrario, *Stratenwerth* quiere conectar la protección penal frente a los grandes peligros futuros que amenazan a la Humanidad, a "normas generales de comportamiento" que carezcan de una relación con bienes jurídicos concretos, así como transformar internamente de forma profunda la tutela penal³⁸. No obstante parece que lo correcto, también para asegurar el futuro de la Humanidad, es no avanzar por caminos inseguros sino intentar primero solucionarlos con los probados medios del Derecho penal convencional³⁹. En cualquier caso, el auténtico Derecho penal sólo es imaginable como un Derecho penal individual. También en este marco se desarrollará algo nuevo. Concebible es, quizás, que en la construcción de la Unión Europea surja frente a empresas económicas⁴⁰ un Derecho sancionador limitado basado en multas pecuniarias, que podría irradiar a aquellos Estados miembros que hasta ahora han rechazado una verdadera responsabilidad jurídico-penal de las asociaciones (vid. *infra* § 23 VII 1 notas a pie núms. 39 y 42).

§ 12 Fuentes del Derecho penal federal además del StGB

Dando, Das Legalitätsprinzip usw., Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 37; *Franzen/Gast/Samson*, Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten, 3.^a Ed. 1985; *Franzmann*, Mainachtsstreich vor Gericht, JZ 1956, pág. 241; *Germann*, Probleme

³⁵ *Sieber*, ZStW 103 (1991) págs. 966 ss.; *Weigend*, ZStW 105 (1993) págs. 798 ss.

³⁶ *Herzog*, ZStW 105 (1993) págs. 727 ss.

³⁷ *Hassemer*, ZRP 1992, pág. 383.

³⁸ *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993) págs. 693 ss.

³⁹ *Hirsch*, Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen? págs. 9 ss.

⁴⁰ *Tiedemann*, NJW 1993, págs. 30 ss.

und Methoden der Rechtsfindung, 1965; *Honig*, Entwurf eines StGB für die Vereinigten Staaten von Amerika (Model Penal Code), ZStW 75 (1963) pág. 63; *Jagusch/Hentschel*, Straßenverkehrsrecht, 33.^a Ed. 1995; *Kohlmann*, Steuerstraft- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht einschließlich Verfahrensrecht, 4.^a Ed. 1987 ss.; *Krey*, Blankettstrafgesetze, 1981; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.^a Ed. 1991; *Lenzen*, Zuständigkeit für das Strafrecht kraft Sachzusammenhangs, JR 1980, pág. 133; *Llewellyn*, Präjudizienreih und Rechtsprechung in Amerika, 1932; *M. Mantovani*, Profili penalistici del diritto di satira, Diritto dell'informazione 1992, pág. 295; *Mueller*, Das amerikanische Bundesstrafrecht, ZStW 69 (1957) págs. 301 ss.; *Noll*, Satirische Ehrverletzungen, Basler Juristische Mitteilungen, Fascículo 1, 1959, pág. 9; *Piegler*, Volksbräuche vor Gericht, JZ 1955, pág. 721; *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts, 1946; *Scheyhing*, Volksbräuche und Rechtsordnung, JZ 1959, pág. 239; *Wechsler*, The Model Penal Code and the Codification of American Criminal Law, Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz, 1974, pág. 419.

I. Derecho penal codificado y no codificado

1. El StGB es, al igual que el BGB, producto de la **codificación**¹, es decir, la regulación unitaria de todo un ámbito del Derecho en una obra legal sistemáticamente ordenada (Codex significa libro y, en particular, libro de leyes).

¹ El Derecho penal continental europeo y el latinoamericano está completamente codificado; vid. la exposición que abarca el Derecho penal extranjero de la actualidad en *Jiménez de Asúa*, Tomo I págs. 319 ss. En Europa el texto codificado más nuevo es el Código penal francés de 1994 (Lois núm. 92-683 à 92-686 du 22 juillet 1992), que ha venido a ocupar el lugar del Código penal de 1810 [Naturalmente, por el año de edición de esta obra no se recoge el Código penal español de 1995 (N del T)]. Desde 1958 los anteriores países socialistas habían introducido códigos penales completamente nuevos. Desde el cambio en el año 1989 se han esforzado en reformar sus ordenamientos penales para adaptarlos a los principios del Estado de Derecho y de la Política criminal moderna (vid. supra § 11 IV 2 a nota a pie núm. 15). También en la zona de influencia angloamericana han surgido múltiples textos codificados de Derecho penal así como innumerables leyes penales especiales que conviven junto con el Common Law. Con el Código penal Federal de 1948, los EE.UU han dado los primeros pasos hacia una codificación penal federal, aunque contiene tan sólo una Parte General fragmentaria y todavía se echa de menos una ordenación sistemática de la Parte Especial; vid., con más detalle, *Mueller*, ZStW 69 (1957) págs. 309 ss. Más allá ha ido la demanda codificadora del American Law Institute que ha redactado un Código penal modelo (1962); vid., sobre el mismo, *American Law Institute*, Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), 6 Tomos, 1980, 1985; *Wechsler*, Radzinowicz-Festschrift págs. 419 ss. y *Honig*, ZStW 75 (1963) págs. 63 ss. (una traducción del Código penal modelo puede encontrarse en *Honig*, Sammlung außerdeutscher StGB in deutscher Übersetzung, núm. 86, 1965). La generalidad de los Estados americanos, en parte apoyados en el Código penal modelo, han aprobado sus textos penales codificados; vid. la exposición de *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 5 ss. Los

En Alemania la codificación del Derecho penal comenzó tempranamente. El primer texto codificado del Derecho penal imperial fue la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 (vid. *supra* § 10 IV). A ella le siguieron los grandes Códigos criminales de territorios importantes: en Baviera el *Codex Juris Bavarici Criminalis* (1751), en Austria la Ley General sobre los Delitos y su Castigo (1787) de José II y en Prusia el Derecho Territorial General para los Estados Prusianos (1794) que en el Título 20 de la Parte II contenía una regulación cerrada sobre Derecho penal. Sobre el StGB bávaro de 1813 y el prusiano de 1851 vid. *supra* § 10 VI y VII.

El valor de la codificación de un ámbito del Derecho reside en la colección, ordenación sistemática, revisión crítica y exposición cerrada de la totalidad del material jurídico correspondiente. El Derecho penal debe estar codificado precisamente para procurar a cualquier persona una visión accesible y sencilla del lugar por donde transcurren los límites de la libertad individual y, de este modo, saber qué comportamientos son considerados por el Estado como insoportables para la paz jurídica de la colectividad al encontrarse aquellos conminados con una pena. Es sólo la codificación del Derecho penal la que está en condiciones de suministrar una visión aproximada y correcta de la verdadera extensión del Derecho penal, dado que aquélla nunca puede ser completa (vid. *infra* § 12 II y III).

Para el RStGB de 1871 la elección del material jurídico que tenía que ser abordado en la codificación vino determinado por el StGB de la Federación alemana del Norte. También para la nueva redacción del StGB de 1975 el ingrediente básico fue el Derecho ya divulgado. Pero con independencia de todos los modelos históricos podría decirse que un Código penal debería comprender todas aquellas disposiciones que pertenecen al *núcleo central* del Derecho penal. En la Parte General éstas vienen constituidas por las normas relativas al ámbito de vigencia del Derecho penal, las que fijan los presupuestos generales de la punibilidad y los preceptos relativos a las consecuencias jurídicas del delito en los que también pueden entrar los principios básicos acerca de la ejecución de las penas de prisión y de las medidas de seguridad privativas de libertad. También en la

"Common law crimes" están excluidos en el Derecho penal federal y en la mayoría de los Estados, aunque el "Common law" juega todavía un rol considerable en la interpretación del Derecho legislado, especialmente en la Parte General (vgl. *LaFare/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 88 ss.). Acerca del movimiento codificador en la Commonwealth vid. *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 157 ss. En la actualidad Inglaterra posee un sistema jurídico-penal basado en el "Common Law" y leyes penales particulares, aunque prepara un texto codificado que ha alcanzado ya a convertirse en el Proyecto de la "Law Commission": Criminal Law "A Criminal Code for England and Wales", Volúmenes 1 y 2, HMSO 1989. En Escocia todavía rige mayoritariamente el "Common Law" para la Parte General y los tipos delictivos pero allí también trabaja una comisión legislativa en la reforma y, a ser posible, en la codificación del Derecho penal. Mostrándose escéptico con el plan codificador *Glanville Williams*, Textbook pág. 18.

Parte Especial existe un núcleo básico cuya delimitación ha variado en función de los distintos Códigos penales y épocas.

2. Un gran número de disposiciones penales se encuentran también fuera del StGB (**Derecho penal federal no codificado**)². Se refieren en su mayoría a modalidades de conducta que sólo pueden ser cometidas por grupos determinados de personas o en ámbitos concretos de la vida como, por ejemplo, la infracción de disposiciones relativas al comercio exterior (§ 34 AWG) o la infracción de normas de Derecho extranjero (§ 92 AuslG). Sin embargo, esta parte del Derecho penal encuentra su unidad interior y su relación espiritual con el StGB, dado que sus disposiciones de la Parte General rigen para todo el Derecho federal presente y futuro en tanto que la Ley no disponga otra cosa (art. 1 I EGStGB).

Una regulación especial de esta naturaleza está contenida, por ejemplo, los §§ 8-10 WiStG de 1954 sobre la retirada del sobreprecio, puesto que tienen preferencia sobre la confiscación de los §§ 73 ss.

II. Las leyes penales principales

La denominación “Derecho penal especial”, que resulta aplicable a todas las disposiciones penales del Derecho federal que están fuera del StGB, no casa con el significado de aquellas leyes que por la clase e importancia de su contenido pertenecen al núcleo central del Derecho criminal, y que sólo por motivos técnico-legales no pudieron ser recogidos en el StGB. Entre estas “**leyes penales principales**”³ se encuentran el art. 102 de la Constitución que deroga la pena de muerte y el art. 103 II relativo a la determinación legal del delito y la pena. El significado de la acogida de estas disposiciones penales en la Constitución reside en que para ellas rige la prominente garantía del art. 79 GG ante una posible reforma constitucional. Como una Ley especial dirigida al grupo de personas cuya edad es inferior a los 21 años la *Ley penal Juvenil* (JGG) en su redacción de 11.12.1974 (BGBl. I pág. 3427), prevé consecuencias jurídicas adecuadas a los delitos cometidos por los jóvenes. La JGG rige para los jóvenes y, en el marco de los §§ 105 ss. JGG también para los semiadultos, por lo que para la pertenencia a estas edades lo decisivo es el momento de la comisión del hecho y no el de la celebración del juicio (acerca de la importancia numérica de la criminalidad juvenil

² Una visión del mismo la suministra la recopilación de *Erbs/Kohlhaas*, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 3 Tomos, 5.ª Ed., 1994 con Tomo de registro, *Göhler/Buddendiek/Lenzen*, *Lexikon des Nebenstrafrechts*, 2.ª Ed., 1986 (actualizado con fascículos desechables a 1991).

³ Así, acertadamente, *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 8 núm. 27.

vid. *supra* § 5 III). En la medida en que en la JGG no se disponga otra cosa (§ 10 StGB, § 2 JGG) rige desde luego el StGB. Ello significa que resultan aplicables el conjunto de la Parte Especial (excepción hecha de las conminaciones penales) y las Secciones 1.^a, 2.^a, 4.^a y 5.^a de la Parte General, esto es, prácticamente todo con excepción de las disposiciones de la Sección 3.^a relativas a las consecuencias jurídicas del delito (vid. § 7 JGG). A las leyes penales principales pertenece, además, la *Ley penal militar* (WStG) en la redacción de 24.5.1974 (BGBl. I pág. 1213). Este cuerpo legal rige, de un lado, para los hechos punibles que cometen los soldados del ejército federal y, por otro, para determinados delitos perpetrados por mandos militares incluso aunque éstos sean civiles; finalmente, también resulta aplicable a casos de inducción y complicidad de civiles en delitos militares (§ 1). La WStG contiene tanto disposiciones generales como también los tipos referidos a los delitos militares, por lo que el StGB tan sólo posee una vigencia subsidiaria (§ 3 I WStG)⁴. Una Ley penal principal es también la *Ley penal económica* (WiStG) en su redacción de 3.6.1974 (BGBl. I pág. 1313). Contiene penas y sanciones pecuniarias dirigidas a la protección de los preceptos que garantizan el abastecimiento y suministro de bienes y servicios (§§ 1, 2), así como disposiciones que contienen infracciones administrativas en relación con la fijación de los precios (§§ 3-6). Dentro de las leyes penales principales se deberá tener en cuenta, asimismo, el *Derecho penal tributario* regulado en los §§ 369-376 de la Ordenanza tributaria (AO 1977) en su redacción de 16.3.1976 (BGBl. I pág. 613), mientras que las infracciones tributarias están situadas en los §§ 377-384 de dicho texto⁵. Igualmente, causa de su sobresaliente significado práctico ha sido ascendida a la categoría de ley penal principal la *Ley de Tráfico Viario* (StVG) en su redacción de 19.12.1952 (BGBl. I pág. 837) junto con la StVO en su redacción de 16.11.1970 (BGBl. I pág. 1565) y la StVZO en la redacción de 28.9.1988 (BGBl. I pág. 1793)⁶. Mientras que la StVG contiene tanto tipos penales (§§ 21, 22) como también las disposiciones básicas sobre infracciones administrativas de tráfico (§§ 23-27) y el importante límite del 0,8 por mil de alcohol (§ 24 a), la StVO (§ 49) y la StVZO (§ 69 a) completan por medio de numerosas infracciones administrativas, a las que les corresponde el protagonismo más importante,

⁴ Acerca de la aplicación de la Parte General del StGB en el marco de la WStG vid. *Schölz/Lingens*, § 3 WStG núms. 4 ss.

⁵ Sobre la historia y construcción del Derecho penal y administrativo-sancionador tributario vid. *Franzen/Gast/Samson*, *Steuerstrafrecht*, Introducción, págs. 25 ss.; además, *Kohlmann*, *Steuerstrafrecht*, 1987.

⁶ Una visión comprensiva de todo ello la suministra el comentario de *Jagusch/Hentschel*, *Straßenverkehrsrecht*, 1995.

la norma penal en blanco del § 24 StVG. De ahora en adelante, a la vista de la relevancia del problema de la droga, también la Ley sobre Tráfico de Sustancias Estupefacientes (BtMG) en la redacción dada desde 1.3.1994 (BGBl I, pág. 359) debe ser tenida en cuenta como ley penal principal. Contiene disposiciones penales, especialmente las dirigidas contra la criminalidad más grave en este ámbito (§§ 29-31 a) (al respecto, BVerfGE 90, 145), así como preceptos que contienen infracciones administrativas (§ 32). En caso de delincuentes drogodependientes previene también la posibilidad de aplazar la ejecución de una pena de prisión no superior a dos años por un tratamiento de desintoxicación, y para el caso de un tratamiento ya en marcha incluso la de prescindir de la persecución penal (§ 37) ("terapia en lugar de pena").

III. Otras leyes penales especiales

1. A causa de la inclinación del legislador de dotar a sectores más lejanos del Derecho con disposiciones penales, el Derecho penal especial ha crecido hasta *niveles* incalculables⁷. Por ello, la reducción del Derecho penal especial comprensivo de delitos de bagatela supuso una importante misión de reforma que la EGStGB resolvió adaptándose a cada caso. Además, este cuerpo legal contiene en su art. 13 una cláusula general de acuerdo con la cual todos aquellos preceptos penales especiales que sólo prevean, única o conjuntamente, penas de multa o de prisión cuyo límite máximo no exceda de 6 meses, quedan degradadas a su consideración como infracciones administrativas conminadas sólo con sanción pecuniaria.

2. En el Derecho penal especial (aunque no sólo en éste)⁸ se encuentran a menudo **leyes penales en blanco**. Bajo las mismas se comprenden aquellas leyes que sólo contienen una conminación penal por su contenido prohibitivo, pero que remiten a otras leyes o reglamentos e, incluso, a actos administrativos que de forma independiente han sido promulgadas o dictados en otro tiempo por un órgano diferente (vid. la definición suministrada por el BGH 6, 30 [40 ss.]). De acuerdo con ello, debe distinguirse entre *norma sancionadora* y *norma complementaria*. El tipo de la ley penal en blanco se configura íntegramente por la

⁷ La estadística de la Administración de Justicia para 1991 muestra un total de 695.118 condenas, de las que 35.543 (5,11%) corresponden a hechos punibles sancionados por la Ley de Tráfico Viario y 83.294 a otras leyes federales y territoriales (fuera del StGB y la StVG).

⁸ Vid., vgr., §§ 315 a I núm. 2; 327 II.

norma complementaria (BGH 20, 177 [181])⁹, debiendo ajustarse al mandato de determinación del art. 103 II GG (BVerfGE 41, 314; 47, 109)¹⁰.

Ejemplos: De acuerdo con el § 1 WiStG será castigado quien contravenga determinadas disposiciones legales de aseguramiento y, de conformidad con el § 315 a I 2, a quien como conductor de ciertos vehículos infrinja las normas dirigidas a mantener la seguridad del tráfico¹¹.

Las leyes penales en blanco no resultan ser inadmisibles a pesar de que puedan remitirse internamente a disposiciones todavía desconocidas de otros organismos. No obstante, si la norma que complementa al precepto en blanco es un reglamento, de acuerdo con el art. 103 II GG la autorización para la conminación penal debe estar expresada inequívocamente y, de este modo, el contenido, finalidad y alcance de la autorización descrita de modo tan exacto que el ciudadano pueda tomar los presupuestos de la punibilidad y la clase de pena de la ley misma; de lo contrario, el principio de la determinación "legal" del delito y la pena no sería respetado (BVerfGE 14, 174 [185 ss]; 14, 254 [257]; 23, 265 [269 ss.]; 75, 329 [342 ss.]). Según lo previsto en el art. 104 I 1 GG si la norma previene una pena de prisión, sólo puede abandonarse al reglamento la especificación del tipo penal (BVerfGE 14, 174 [187]; 75, 329 [342 ss.]) (vid. *infra* § 13 II 2 y 3). En relación con la prohibición de retroactividad vid. *infra* § 15 IV 5 nota a pie núm. 51; sobre el error vid. *infra* § 29 V 3.

IV. El Derecho consuetudinario

1. El **Derecho consuetudinario** surge, al igual que el positivizado en la ley, de la convicción jurídica del pueblo, aunque sin embargo no es creado a través de un acto normativo formal¹². Deben darse dos presupuestos para la formación del Derecho consuetudinario: una norma debe ser considerada como Derecho a causa de su reconocimiento general vigente (*opinio necessitatis*) y la voluntad de vigencia jurídica de la comunidad debe manifestarse externamente a través de su *práctica continuada*. En Derecho penal el Derecho consuetudinario se origina

⁹ Sobre esta cuestión vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 139; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 8 núm. 30; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 116; *Welzel*, Lehrbuch pág. 168.

¹⁰ *Krey*, Blankettstrafgesetze págs. 176 ss.

¹¹ Mostrándose crítico por la indeterminación del ámbito de regulación tomado en cuenta como norma complementaria *Lenzen*, JR 1980, pág. 136.

¹² Acerca de la interpretación de un uso existente como "Derecho consuetudinario" vid. *Larenz*, Methodenlehre pág. 357. Sobre los presupuestos especiales del Derecho consuetudinario en Derecho penal *Hassemer*, Einführung págs. 264 ss.

sobre todo a través de la **práctica judicial**¹³, aunque también aquí a la práctica permanente debe añadirse el reconocimiento como aplicación del *Derecho* a través de la comunidad (BGH 31, 7 [8] en relación con el telegrama como medio jurídico escrito). Por respeto al mandato de determinación (vid. *infra* § 15 III 3) el legislador se esfuerza en trasladar al texto legal el Derecho consuetudinario.

Ejemplos: el delito de omisión impropia (§ 13), el estado de necesidad justificante (§ 34) y el error de prohibición están regulados en el StGB desde 1975.

2. En el ámbito del Derecho penal el movimiento codificador del siglo XIX le ha ganado en gran parte terreno al Derecho consuetudinario. A la idea liberal de promover la plasmación legal del Derecho penal se une la prohibición de la creación jurídica del Derecho a través de normas consuetudinarias, puesto que éstas con la creación de nuevos preceptos penales o el endurecimiento de los ya existentes constituían un perjuicio para el ciudadano. La máxima del Derecho civil de que “la Ley es cualquier norma jurídica” (art. 2 EGBGB) no rige pues en Derecho penal, dado que este último es más bien el dominio de la “lex scripta”. A pesar de todo, el Derecho consuetudinario también tiene todavía un cierto significado. Su ámbito de aplicación es, por un lado, la interpretación de las disposiciones de la Parte General dado que las teorías generales no pueden ser plasmadas íntegramente en la Ley; de este modo, las normas legales que son redactadas de forma parcialmente incompleta son interpretables a la luz de la tradición y de su uso hasta el momento¹⁴. Por otro lado, el Derecho consuetudinario también puede desplegar su eficacia en la Parte Especial, y en verdad, *en beneficio* del ciudadano, puesto que algunos tipos penales pueden perder su vigencia a raíz del Derecho consuetudinario (desuetudo) o bien resultar mitigados o limitados en su aplicación.

¹³ Mientras que las resoluciones judiciales de la Common Law anglo-americana son fuentes jurídicas autónomas que poseen el mismo rango que el Derecho positivizado legalmente, en Europa continental sólo adquieren una verdadera eficacia judicial cuando se han convertido en costumbre; al respecto vid. *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 172 ss.; *Radbruch*, Geist des englischen Rechts págs. 43 ss.; *Llwelllyn*, Präjudizientrecht und Rechtsprechung in Amerika, 1932; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 88 ss. *Germann*, Rechtsfindung págs. 371 ss. también atribuye un significado vinculante a las resoluciones de las instancias superiores en los países de Europa continental, y en cualquier caso también en Suiza, a la vista del comportamiento de la praxis, aunque ello debe ser entendido no en el sentido de fuerza normativa sino en el de vigencia fáctica; vid. *Larenz*, Methodenlehre pág. 433. Favorable al reconocimiento del Derecho judicial (incluso sin el rango de Derecho consuetudinario) se muestra, además, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 95; también en el mismo sentido, *Dando*, Heinitz-Festschrift pág. 41.

¹⁴ En este sentido, *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 89 ss.; también *Jakobs*, Allg. Teil 4/46.

Ejemplos: El derecho a castigar por parte del profesor se basaba en Derecho consuetudinario (BGH 11, 241 [247]) aunque en la actualidad ya ha dejado de existir; del mismo modo, el reconocimiento de usos populares¹⁵ bromas de carnaval¹⁶ y travesuras estudiantiles¹⁷ son en cualquier caso, en cuanto al resultado, tradiciones populares que no resultan punibles. También la figura jurídica de la acción continuada fue una creación del Derecho consuetudinario que ha sido prácticamente eliminada por la jurisprudencia más reciente (BGH-GS 40, 138) (vid. *infra* § 66 V 2). En la *Parte Especial* algunos tipos penales pueden perder vigencia a través de su inaplicación permanente, siempre que ello se base en una convicción jurídica común (OGH 1, 63 [66]; BGH 5, 12 [23]). Sin embargo, una situación pasajera de permisibilidad, sobre todo en tiempos de necesidad, no crea Derecho consuetudinario alguno incluso cuando alguna disposición determinada no es aplicada desde hace años (RG 58, 6 [9]; OGH 1, 343 [353]; BGH 8, 360 [381]). El Derecho consuetudinario ha limitado tipos penales redactados de forma muy amplia, tal y como ha sucedido con el tipo de abuso de confianza del § 266 en los casos típicos de diligencia patrimonial y autonomía económica del obligado a no quebrantar la confianza en él depositada (BGH 1, 186 [189]; 4, 167 [172]). La inaplicación del § 218 ha conducido a la desaparición de la prohibición del aborto de la convicción jurídica de un amplio sector de la población, perdiendo así esta disposición penal su respaldo.

§ 13 La jerarquía de las fuentes del Derecho penal

Bopp, Die Entwicklung des Gesetzesbegriffs i.S. des Grundrechtes "Nulla poena, nullum crimen sine lege", Tesis doctoral, Freiburg 1966; Finger, Reichs- und Landesstrafrecht im Lichte der Rechtsprechung des RG, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 93; Göhler/Buddendiek/Lenzen, Lexikon des Nebenstrafrechts, Registerband zu Erbs/Kohlhaas, Strafrechtl. Nebengesetze, 2.^a Ed. 1986, Loseblattsammlung, Stand 1991; Käüb/Rösch, Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz, 2.^a Ed. 1967; Lenzen, Zuständigkeit für das Strafrecht kraft Sachzusammenhangs, JR 1980, pág. 133; Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970; Van Alstyne, Dual Sovereignty, Federalism and National Law, American Criminal Law Review 26 (1989) pág. 1740.

¹⁵ Vid. Pieglar, JZ 1955, pág. 721 (como Derecho consuetudinario); Franzmann, JZ 1956, pág. 241 (como adecuación social); Scheyhing, JZ 1959, pág. 241 (como autonomía privada).

¹⁶ Noll, Basler Juristische Mitteilungen 1959 págs. 9 ss. Sobre su sátira, además, M. Mantovani, Diritto dell'informazione 1992, pág. 295.

¹⁷ Rechtsban s'Gravenhage, Nederlandse Jurisprudentie 1959 núm. 520 (aceptación de un error de prohibición de un delito grave en el marco de una disputa estudiantil). Los excesos graves cometidos en el ámbito de las novatadas estudiantiles, tal y como sucede en Francia, son delito incluso aunque exista consentimiento del interesado más o menos forzado.

I. La relación entre el Derecho penal federal y el territorial

1. La **relación entre el Derecho penal común y el regional** en Alemania ha variado repetidas veces a lo largo del curso de la historia.

Mientras que la CCC de 1532 admitió en su preámbulo a través de la “cláusula de salvaguarda” la preeminencia con carácter general del Derecho particular (vid. *supra* § 10 V), y en la época del Derecho común el Derecho imperial se completó con numerosas normativas regionales recubriéndose también a través la práctica judicial con una densa maraña de costumbres lugareñas, por el contrario el Estado federal se ha asegurado la primacía del Derecho imperial frente al territorial. Esto último rigió tanto durante el imperio (art. 2 RV 1871) como también para la República de Weimar (art. 13 I WRV). El Derecho penal también tomó parte en la preponderancia del Derecho imperial pues pertenecía a las materias sobre las que el Imperio quiso excluir de competencia legislativa a los Länder (art. 4 núm. 13 RV 1871; art. 7 núms. 2 y 3 WRV). En relación con la época de ocupación aliada posterior a 1945 vid. la 2.^a Ed. de esta obra pág. 89.

El principio constitucional según el cual “el Derecho federal prevalece sobre el territorial” está presente también en el texto fundamental (art. 31 GG). La competencia de la Federación en el ámbito de la legislación concurrente al que también pertenece el Derecho penal (art. 74 núm. 1 GG) está, no obstante, vinculada actualmente a una “cláusula de necesidad” (art. 72 II GG); sin embargo, esta circunstancia no ha supuesto un obstáculo para la legislación penal puesto que la Federación y los Länder coinciden en que el Derecho penal debería ser, básicamente, Derecho federal por lo que únicamente circunstancias regionales especiales pueden justificar su creación por el Derecho territorial ya que de lo contrario sería infringido el principio de la igualdad de todos ante la Ley (BGH 4, 396 [402])¹. En el ámbito de las materias reguladas usualmente en el StGB el legislador federal puede crear disposiciones que, sin estar incluidas en el catálogo de sus competencias (arts. 73-75 GG), enlacen con ellas de forma limítrofe (BVerfGE 23, 113). Según el art. 74 núm. 1 GG la competencia legislativa para el Derecho penal abarca no sólo a esta rama en sentido estricto sino también al Derecho administrativo sancionador (BVerfGE 7, 29 [32 ss.])².

¹ La prueba de la existencia de los presupuestos de la cláusula de necesidad es considerada como una cuestión perteneciente a la discrecionalidad del legislador privada de una posible revisión judicial posterior; vid. BVerfGE 2, 213 (224); 4, 115 (127); 13, 230 (233); 26, 328; 33, 229; 34, 39. Sobre ello vid. *Maunz/Dürig*, art. 12 núm. 17 con objeciones al respecto en núms. 18 ss.

² La división de las competencias legislativas entre la Federación y los Länder ha sido regulada de modo distinto en otros Estados federales. El Derecho suizo sólo atribuye a los cantones un Derecho complementario cuyo objeto se limita a la regulación de las faltas y algunos ámbitos muy especiales (art. 335 schweiz. StGB); vid. *Pfenninger*, *Das schweizerische Strafrecht* págs. 195 ss. En

2. La **relación entre el Derecho penal federal y el territorial** está regulada en los arts. 1 II y 2-4 EGStGB (en relación con las numerosas cuestiones pasadas vid. la 2.^a Ed. de esta obra págs. 90 ss.). Estas disposiciones presuponen el orden de jerarquía de las fuentes del Derecho penal tal y como está regulado en la Constitución; de ahí que tan sólo tengan el sentido de determinar más detalladamente el alcance de los arts. 72 II y 74 núm. 1 GG (BVerfGE 7, 29 [43 ss.])³.

a) De acuerdo con el art. 1 II EGStGB la **Parte General** del StGB rige para el Derecho territorial actual y futuro. De este modo, por ejemplo, según el § 15 StGB decae la punibilidad de la comisión imprudente del hecho en el conjunto del Derecho territorial cuando el comportamiento imprudente no esté expresamente conminado con penal.

Singularmente deben ser admitidas excepciones por parte del Derecho federal. Y así, el art. 2 EGStGB contiene dos reservas para el Derecho territorial. En primer lugar este último puede, para tipos penales concretos —por tanto, no de una forma generalizada—, rechazar el ámbito de vigencia recogido en los §§ 3-7 StGB y, en segundo lugar, prever la impunidad bajo presupuestos especiales. Además, se trata de casos en los que puede existir la necesidad de una regulación especial (vid. el Proyecto de EGStGB, BT-Drucksache VII/550 y su fundamento en pág. 198). Asimismo, el art. 3 EGStGB obliga al Derecho territorial a hacer todo lo posible por esforzarse en buscar la homogeneidad de los límites en la conminación de las consecuencias jurídicas del hecho (tal y como ya señalaba el § 5 de la EGStGB para la Federación del Norte de 1870). La competencia de los Länder para aprobar una regulación diversa sobre los plazos de la prescripción en las leyes de prensa territoriales (vid., vgr., § 24 de la Ley territorial de prensa de Baden-Württemberg de 14.1.1964, GBl. pág. 11) ha permanecido subsistente, porque según el art. 75 núm. 2 GG la legislación sobre prensa pertenece a la legislación-marco de la Federación y las disposiciones penales en ella contenidas no la convierten en Derecho penal (BVerfGE 7, 29 [44])⁴.

b) En el ámbito de la **Parte Especial** el art. 4 II-V EGStGB distingue tres tipos de disposiciones de Derecho territorial.

(1) De acuerdo con el art. 4 II el primer grupo abarca todas las disposiciones territoriales que prevean una pena o sanción pecuniaria que no se enumeren en el art. 4 III-V. Estos preceptos del Derecho territorial permanecen intactos en tanto que no se trate de una *materia* cuyo objeto esté regulado de modo terminante en el StGB. Como

los EE.UU., por el contrario, el peso principal reside en cada uno de los Estados; vid. *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 160 ss.; *Van Alstyne*, American Review 26 (1989) pág. 1740.

³ Que las respectivas disposiciones de la Constitución son repetidas en la EGStGB tan sólo de acuerdo con su sentido fue algo ya enfatizado por *Finger*, RG-Festgabe pág. 98.

⁴ Con más detalle, *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar 55 antes del § 1.

hasta ahora, el concepto de materia viene a caracterizar a un ámbito para el que el legislador federal quiso suministrar una normativa definitiva (RG 42, 100; 56, 65; LG Bad Kreuznach NJW 1978, pág. 1931)⁵. Estando configurado de este modo un componente jurídico como materia, el Derecho penal territorial también está excluido como norma complementaria, interpretadora o reiterativa⁶. En especial, del silencio del Derecho federal puede derivarse que con la regulación de la materia correspondiente deberían quedar impunes los supuestos no comprendidos en ella ("regulación tácita negativa"⁷). Hasta donde alcanza una materia regulada por el Derecho federal, resultan estar también excluidas las disposiciones territoriales que impongan sanciones pecuniarias (BVerfGE 31, 141 [144]).

Ejemplos: En Derecho territorial no podría ser castigado el adulterio ni con una pena ni con una sanción administrativa, puesto que al haber sido derogado según el § 172 se trata de una regulación negativa en el marco de la "materia" de la Sección 12.^a Por el contrario, queda intacta la punibilidad por la infracción de la Ordenanza de prensa de conformidad con el § 21 de la Ley territorial de prensa de Baden-Württemberg de 14.1.1964 (GBl. pág. 11), dado que los preceptos de la Ley imperial sobre la prensa de 1874 ya no se encuentran vigentes.

(2) El art. 4 III EGStGB crea una regulación especial para las *disposiciones penales y sancionadoras de Derecho tributario* de los Länder, aunque viene a poner coto en este último ámbito a la dispersión normativa existente (vid. con más detalle el Proyecto de EGStGB, BT-Drucksache VII/550, Fundamentación págs. 200 ss.).

(3) El art. 4 EGStGB en sus apartados IV y V deja subsistentes las disposiciones penales y sancionadoras contenidas en las *leyes agrarias y forestales*⁸ de los Länder, por ser necesario el reconocimiento de una regulación autónoma y para evitar notables desviaciones del StGB. De esta forma, según el apartado IV antes citado, quedan intactas las disposiciones del Derecho territorial dirigidas a la protección del campo y del bosque que exceptúan la punibilidad de casos poco significativos de hurto, receptación o encubrimiento (por ejemplo, la recolección sin autorización de fruta caída o la rebusca o espigueo de cosechas), o que prevén obstáculos a su perseguibilidad. De acuerdo con el apartado V los Länder pueden elaborar una amplia regulación especial sobre allanamiento de morada, daños materiales y falsedades documentales, pudiendo degradar tales tipos a meras infracciones administrativas en el ámbito de la protección agraria y forestal, así

⁵ Finger, RG-Festgabe pág. 105; Lenzen, JR 1980, pág. 134.

⁶ No obstante, las disposiciones de Derecho territorial que complementan una ley penal federal en blanco pueden remitirse a su conminación penal; vid. Käbb/Rösch, Einführung núm. 22.

⁷ Vid. Schmidhäuser, Allg. Teil págs. 87 ss.; Schönke/Schröder/Eser, nota preliminar núm. 40 antes del § 1.

⁸ Vid. el resumen de las leyes agrarias y forestales de los Länder contenido en Göhler/Buddendieck/Lenzen, Lexikon des Nebenstrafrechts núm. 238.

como declarar impunes, no perseguibles o configurarlos como delitos perseguibles sólo en virtud de querella, aquellos supuestos que posean una escasa relevancia.

(4) Finalmente, de la *conexión de materias*⁹ se deriva una competencia normativa penal que no se encuentra explicitada en el art. 4 EGStGB. Siendo los Länder competentes para la regulación de un ámbito determinado (por ejemplo, para la construcción o la prensa), pueden elaborar las correspondientes disposiciones penales o administrativo-sancionadoras sobre la base de su competencia legislativa penal concurrente según el art. 74 núm. 1 GG, siempre que el Estado federal no haya regulado definitivamente de modo positivo o negativo la materia correspondiente. Pero este último también puede elaborar leyes penales en blanco en ámbitos reservados a la legislación de los Länder para las que la regulación territorial viene a servir como normas complementarias (vid. *supra* § 12 III 2).

c) Los arts. 288-292 EGStGB contienen las disposiciones que rigen las relaciones entre el Derecho federal y el territorial. Los preceptos penales que imponen consecuencias jurídicas inadmisibles según el art. 3 EGStGB dejarán de ser aplicados (art. 289); lo mismo rige para las normas que prevén penas o sanciones pecuniarias y que han sido objeto de una materia regulada de modo definitivo por el Derecho federal (art. 292). El art. 290 regula la adaptación de las conminaciones con penas de multa y el art. 291 excluye de las disposiciones de Derecho territorial las relativas a la retirada de la querella y la imposición de penas de multa al reo con la conformidad del ofendido.

II. La relación entre la ley y el reglamento en Derecho penal

1. De acuerdo con lo establecido en el art. 103 II GG un hecho sólo puede ser castigado cuando su punibilidad estaba “*legalmente*” determinada antes de que el hecho fuera cometido. Las leyes, según este precepto, no sólo deben ser entendidas en un sentido *formal*, esto es, las que han sido aprobadas por los órganos llamados a legislar por la Constitución mediante un procedimiento formal, sino que comprenden también a los **reglamentos** (vid. ya con anterioridad en relación con los reglamentos de emergencia según el art. 48 II WRV RG 55, 115 [116])¹⁰ y a los estatutos comunales (“*kommunale Satzungen*”). Por reglamentos se entienden aquellas proposiciones jurídicas que no son aprobadas por los órganos competentes para legislar ni tampoco por medio del procedimiento legislativo formalmente establecido, sino que lo han sido por otras autoridades a las que se le atribuye competencia reglamentaria sobre la base de una autorización legal

⁹ Vid., más detalladamente, *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núms. 48 ss. antes del § 1.

¹⁰ Vid. *Starck*, Gesetzesbegriff págs. 35 ss.

(leyes en *sentido* material). Los reglamentos deben ser distinguidos de las *circulares administrativas* que no contienen proposiciones jurídicas, sino que tan sólo regulan la actividad de los órganos estatales con una eficacia puramente interna (por ejemplo, los criterios judiciales para el procedimiento penal y el procedimiento para la imposición de multas coercitivas en la redacción vigente para todo el Estado federal de 1.10.1992).

2. En la **determinación de una norma de autorización** para disposiciones penales que se adentran por caminos reglamentarios se imponen exigencias más rigurosas que en la legislación. Con ello se muestra el especial valor de la reserva de ley en Derecho penal¹¹. “El legislador debe expresar inequívocamente la autorización para la conminación penal, así como perfilar de un modo tan exacto su contenido, finalidad y alcance, que los presupuestos de la punibilidad y la clase de pena sean ya previsibles para el ciudadano por la propia autorización y no por el reglamento en el que se apoya” (BVerfGE 14, 174 [185 ss.]; 14, 254 [257]). Por el contrario, el *marco penal* no necesita estar determinado en la norma de autorización.

3. De conformidad con lo dispuesto por el art. 103 II GG, sólo por ley (federal o territorial) puede ser restringida la **libertad de la persona** de un modo diverso a lo señalado en aquel precepto, puesto que las intromisiones en la libertad sólo deben ser llevadas a cabo sobre la base de una proposición jurídica adoptada por el Parlamento federal o las asambleas territoriales, y siempre a través del procedimiento prescrito para la elaboración de las leyes¹². Por esta razón, la reserva legal para la pena de prisión sólo se ve satisfecha por medio de una ley formal; reglamentos o estatutos no constituyen una base jurídica suficiente para ello. De todos modos, la jurisprudencia ha aceptado que al titular de la potestad reglamentaria se le puede ceder “la especificación del tipo penal”; sólo deben “estar determinados en la ley formal los presupuestos en virtud de los cuales una injerencia de esa índole es admisible, así como la naturaleza de la intromisión que tiene lugar” (BGHZ 15, 61 [64]). Prescindiendo de la descripción del contenido de la prohibición, aquí resulta también necesario, pues, la determinación legal del marco penal (BVerfGE 14, 174 [187]).

¹¹ Con más detalle, Bopp, Gesetzesbegriff págs. 184 ss.

¹² Maunz/Dürig, Art. 104 núms. 14 ss.

§ 14 El Derecho internacional penal

Bassiouni, An appraisal of the growth and developing trends of international criminal law, *Rev int dr pén* 1975, pág. 3; *el mismo*, Repression of breaches of the Geneva Conventions under the Draft Additional Protocol, *Rutgers Camden Law Journal* 8 (1977) pág. 185; *el mismo*, International Criminal Law, 1980; *el mismo*, International Criminal Law and International Protection of Human Rights, *Festschrift für H.-H. Jescheck*, Tomo II, 1985, pág. 1453; *el mismo*, (Ed.), International Criminal Law, Tomos I-III, 1986 con numerosas contribuciones y documentos; *el mismo*, A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal, 1987; *el mismo*, Draft Statute International Criminal Tribunal, 1992; *el mismo*, (Ed.), Commentaries of the International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1993; *Bassiouni/Blakesley*, The need for an International Criminal Court usw., *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1992, pág. 147; *Bassiouni/Nanda* (Edrs.), A Treatise on International Criminal Law, Tomos I, II, 1973 con numerosas contribuciones; *Beling*, Die strafrechtliche Behandlung der Exterritorialität, 1896; *Blumenwitz*, Das Verbrechen gegen den Frieden in völkerrechtlicher Sicht, *Festschrift für F.-W. Krause*, 1990, pág. 86; *Bothe*, Die Erklärungen der Generalversammlung der Vereinten Nationen über die Definition der Aggression, *Jahrb. f. Internationales Recht* 18 (1975) pág. 121; *Bromo*, The Definition of Aggression in the UN, 1968; *Clark*, The influence of the Nuremberg Trial on the development of international law, en: *Ginsburg/Kudriavtsev* (Ed.), The Nuremberg Trial and International Law) 1990, pág. 252; *Crawford*, The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal, *AJIL* 88 (1994) pág. 140; *Dahm*, Zur Problematik des Völkerstrafrechts, 1956; *el mismo*, Völkerrecht, Tomo I, 1958, Tomo III, 1961; *el mismo*, Die Stellung des Menschen Völkerrecht unserer Zeit, 1961; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Tomo I/1, 2.^a Ed. 1989; *Dautricourt*, La protection pénale des Conventions internationales humanitaires, *Rev dr pén crim* 35 (1954-55) pág. 739; *Doehring*, Völkerrechtliche Beurteilung der Kriegsverbrecherprozesse von Nürnberg, en: *Beiträge zur Konfliktforschung* 16 (1986) núm. 4, pág. 75; *Donnedieu de Vabres*, Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international, *Recueil des cours* 70 (1947) Tomo I, pág. 477; *Ehard*, Der Nürnberger prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher und das Völkerrecht, *SJZ* 1948, pág. 353; *Ferencz*, Defining International Aggression, Tomos I, II, 1975; *el mismo*, Enforcing International Law, Tomos I y II 1983; *el mismo*, Crimes against Humanity, *Encyclopedia of Public International Law*, Tomo I, 1992, pág. 869; *el mismo*, Aggression, *ibídem* pág. 58; *Fonteyne*, Acts of State, *ibídem* pág. 17; *Glaser*, Les lois de Nuremberg et le droit international, *SchwZStr* 68 (1953) pág. 321; *el mismo*, Introduction à l'étude du droit international pénal, 1954; *el mismo*, Infraction internationale, 1957; *el mismo*, Die Gesetzlichkeit im Völkerstrafrecht, *ZStW* 76 (1964) pág. 514; *el mismo*, Droit international pénal conventionnel, 1970; *Grassi*, Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht, 1955; *Graven*, Les crimes contre l'humanité, *Recueil des Cours* 76 (1950)

Tomo I, pág. 433; *el mismo*, Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit, 1970; *Grebing*, Zur Frage der Scharfung eines Internationalen Strafgerichtshofs, GA 1976, 97; *Greenspan*, The Modern Law of Warfare, 1959; *Grewe*, Nürnberg als Rechtsfrage, 1947; *el mismo*, Rückblick auf Nürnberg, Festschrift für K. Doehring, 1989, pág. 229; *Hahnenfeld*, Die Herkunft der in dem Nürnberger Urteil angewandten allgemeinen Lehren des Strafrechts, Tesis doctoral, Frankfurt 1959; *Heinze/Schilling*, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, 1952; *Herzog*, Nuremberg: un échec fructueux? 1975; *Heydecker/Lieb*, Der Nürnberger Prozeß, 1979; History of the United Nations War Crimes Commission usw., 1948; *Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht, 1962; *Hofmann*, Zur Unterscheidung von Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit, ZaöRV 45 (1985) pág. 195; *Hollweg*, Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt, JZ 1993, pág. 980; *el mismo*, Vom Jugoslawientribunal der UNO zum allgemeinen Internationalen Strafgerichtshof? SchwZStr 112 (1994) pág. 251; *Hosoya y otros* (Ed.), The Tokyo War Crimes Trial, 1986; *Ipsen*, Das "Tokyo Trial" im Lichte des seinerzeit geltenden Völkerrechts, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 505; *Jescheck*, Kriegsverbrecherprozesse gegen deutsche Kriegsgefangene in Frankreich, SJZ 1949, pág. 107; *el mismo*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952; *el mismo*, Zum Oradour-Prozeß, JZ 1953, pág. 156; *el mismo*, Die internationale Genocidium-Konvention und die Lehre vom Völkerstrafrecht, ZStW 66 (1954) pág. 193; *el mismo*, Verbrechen nach Völkerrecht, Deutsche Landesberichte zum IV. Int. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1955, pág. 351; *el mismo*, Die Entwicklung des Völkerstrafrechts nach Nürnberg, SchwZStr 72 (1957) pág. 217; *el mismo*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten des Völkerstrafrechts, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 47; *el mismo*, Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 579; *el mismo*, Entwicklung usw. des internationalen Strafrechts, GA 1981, pág. 49; *el mismo*, Nuremberg Trials; Rauter Case; War Crimes, Encyclopedia of Public International Law, fascículo 4.º, 1982, págs. 50, 165, 294; *el mismo*, Genocide; International Crimes, Encyclopedia, Tomo II, 1995, págs. 541, 1119; *Jiménez de Asúa*, Politique criminelle internationale usw., Recueil d'études en hommage de H. Donnedieu de Vabres, 1960, pág. 45; *Klug*, Der neue Straftatbestand des Friedensverrats, en: *Baumann* (Ed.), Mißlingt die Strafrechtsreform? 1969, pág. 162; *el mismo*, Das Aufstacheln zum Angriffskrieg, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 583; *v. Knierim*, Nürnberg, 1953; *Kranzbühler*, Rückblick auf Nürnberg, 1949; *el mismo*, Nürnberg als Rechtsproblem, Festgabe für E. Kaufmann, 1950, pág. 219; *Krüger-Sprengel*, Grundsätze des neuen humanitären Kriegsvölkerrechts, NZWehr 1981, pág. 121; *Lauterpacht*, The Law of Nations and the punishment of War Crimes, British Yearbook of Int. Law 1944, pág. 79; *Lombois*, Droit pénal international, 1971; *Lummert*, Die Strafverfahren gegen Deutsche im Ausland wegen "Kriegsverbrechens", 1949; *Makarov*, Betrachtungen zum internationalen Strafrecht, Festschrift, für E. Kern, 1968, pág. 253; *Maunoir*, La répression des crimes de guerre devant les tribunaux français et alliés, 1956;

Menzell/Ipsen, Völkerrecht, 2.^a Ed. 1979; *Mueller/Wise*, International Criminal Law, 1965; *Müller*, The Convention of the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes usw., AJIL 65 (1971) pág. 476; *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2.^a Ed. 1983; *el mismo*, Angriffshandlungen und andere internationale Delikte usw., Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 293; *el mismo*, Criminal Law, International, Encyclopedia of Public International Law, Tomo I, 1992, pág. 877; *Partsch*, Der Sicherheitsrat als Gerichtsgründer, Vereinte Nationen 1994, pág. 11; *Pella*, La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir, 1925; *Plawski*, Etude des principes fondamentaux du droit international pénal, 1972; *C. A. Pompe*, Aggressive War an International Crime, 1953; *Pritchard/Zaide* (Edrs.), The Tokyo War Crimes Trial, 22 tomos, 1951; *Revue internationale de droit pénal* 1964, fascículo 1/2, Les projets des Nations Unies pour l'institution d'une justice pénale internationale (con numerosas contribuciones); *Roggemann*, Strafverfolgung von Balkankriegsverbrechen aufgrund des Weltrechtsprinzips, NJW 1994, pág. 1436; *Röling*, The Tokyo Trial in Retrospect, en: Buddhism and Culture, 1960, pág. 247; *el mismo*, The Law of War and the National Jurisdiction since 1945, Recuell des Cours 100 (1960) Tomo II, pág. 329; *el mismo*, Tokyo Trial, Encyclopedia of Public International Law, Fascículo 4.^o, 1982, pág. 242; *el mismo*, Crimes against Peace, ibídem, Tomo I, 1992, pág. 871; *C. F. Rüter y otros* (Ed.), Justiz und NS-Verbrechen, 22 Tomos, 1968-1981; *Scelle*, Manuel de droit international public, 1948; *Schidler*, Crimes against the Law of Nations, Encyclopedia of Public International Law, Tomo I, 1992, pág. 877; *Schindler/Toman* (Edrs.), The Laws of Armed Conflicts, 1973; *Schroeder*, Der Schutz des äußeren Friedens, JZ 1969, pág. 41; *el mismo*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970; *Schwarzenberger*, The Problem of an International Criminal Law, en: *Mueller/Wise*, International Criminal Law, 1965, pág. 3; *Smith*, The Road to Nuremberg, 1981; *Strebel*, Die strafrechtliche Sicherung humanitärer Abkommen, ZaöRV 15 (1953) pág. 31; *Taylor*, Nuremberg and Vietnam, An American Tragedy, 1970; *Tomuschat*, A System of International Criminal Prosecution is Taking Shape, Review of the International Commission of Jurists, núm. 50, 1993, pág. 56; *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899; *Triffiterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966; *el mismo*, Völkerstrafrecht im Wandel? Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1477; *el mismo*, Grundlagen usw. des internationalen Tribunals zur Verfolgung der Humanitätsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien, ÖJZ 1994, pág. 825; *Verdroß*, Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten, 1920; *Verhaegen*, La répression des crimes de guerre en droit belge, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1441; *v. Weber*, Internationale Strafgerichtsbarkeit, 1934; *Wegner*, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, 1925; *Wehberg*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit von Individuen wegen Friedensbruchs, Festschrift für R. Laun, 1953, pág. 394; *Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen usw.? ZStW 105 (1993) pág. 774; *Wengler*, Völkerrecht, Tomos I y II, 1964; *Wilkitzki*, Die völkerrechtlichen Verbrechen und das staatliche Strafrecht, ZStW 99 (1987)

pág. 455; *el mismo*, Die Regionalisierung des internationalen Strafrechts, ZStW 105 (1993) pág. 821; *Wise*, War crimes and criminal law, en: *Wise/Mueller*, Studies in Comparative Criminal Law, 1975, pág. 35; *Woetzel*, The Nuremberg Trials in International Law, 1962; *Zander*, The Act of State Doctrine, AJIL 53 (1959) S. 826.

Vid., además, *de Schutter*, Bibliography on International Criminal Law, 1972; *Bassiouni*, International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815-1985, Vols. I, II, 1986.

I. La relación entre el Derecho penal estatal y el Derecho internacional penal

1. El Derecho internacional *clásico* **no conoció una responsabilidad de personas individuales** por el injusto cometido. No les garantizaba ningún derecho, aunque tampoco le imponía deber alguno. La teoría del Derecho internacional sostenía como algo “inimaginable, que una norma de este sector jurídico fuera infringida por personas concretas. Hay delitos del individuo pero no contra el Derecho internacional”¹. Sólo el Derecho penal estatal era el que, a través de sus propias normas, podía proteger los principios del Derecho internacional, dado que aquél prevenía con conminaciones penales y transformaba los deberes jurídicos impuestos al Estado en deberes del individuo sancionados criminalmente (vid., por ejemplo, la punibilidad de las acciones contra los Estados extranjeros según los §§ 102 ss., además de las disposiciones penales contra el genocidio del § 220 a) y los ataques contra el tráfico aéreo y marítimo del § 316 c). No obstante, desde el final de la Primera Guerra Mundial esta imagen ha cambiado. Bajo ciertos límites, los individuos ya son considerados como sujetos de derechos y deberes por el Derecho internacional² y, de acuerdo con ello, es imaginable que infracciones de peso contra normas nucleares del Derecho internacional sean consideradas como delitos internacionales que deben ser castigadas de modo inmediato por aquella rama del Derecho³.

¹ *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht pág. 329.

² Vid., con mayor detenimiento, *Dahm*, Die Stellung des Menschen págs. 30 ss.; *el mismo*, Völkerrecht Tomo I pág. 417; *Scelle*, Manuel pág. 911; *Grassi*, Die Rechtsstellung págs. 297 ss.; *Glaser*, Droit international pág. 84; *Sinha* The Position of the Individual, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 126 ss.

³ Para más detalles, *Jescheck*, Völkerstrafrecht págs. 206 ss.; *Dahm*, Problematik págs. 14 ss.; *Hoffmann*, Strafrechtliche Verantwortung págs. 30 ss.; *Glaser*, Introduction págs. 56 ss.; *Graven*, Le difficile progrès págs. 550 ss.; *Triffterer*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1489.

2. Pero incluso aunque se demostrara que un “**Derecho internacional penal**”⁴ de esta naturaleza fuera una parte integrante del Derecho internacional vigente, de ello no podría deducirse sin más su obligatoriedad inmediata pues, según el art. 25 GG, sólo las reglas *generales* del Derecho internacional forman parte del Derecho federal con preferencia sobre sus leyes y desplegando una obligatoriedad inmediata sobre los habitantes del Estado federal; en cambio, los tratados de Derecho internacional deben ser incorporados previamente al Derecho estatal por medio de actos de transformación especial (art. 59 II GG)⁵. Con ello, pues, sólo le correspondería una obligatoriedad inmediata cuando fuera reconocido por la mayoría de los países al pertenecer así a las reglas generales, algo que por ahora está todavía bastante lejano. Pero aún cuando existiera un Derecho internacional penal fundamentado en las reglas generales del Derecho internacional, aquél exigiría su transformación en una ley adecuada al mandato de determinación del tipo penal y de la sanción con el objeto de satisfacer las exigencias del art. 103 II GG.

II. El desarrollo del Derecho internacional penal⁶

1. La idea de un Derecho penal perteneciente al Derecho internacional que se encuentre por encima de los Estados se remonta a la **teoría del Derecho natural** de los siglos XVI y XVII (*Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Hugo Grocio*). La época actual del Derecho internacional comienza tras la Primera Guerra Mundial. El art. 227 del Tratado de Paz de Versalles situó bajo acusación al Emperador Guillermo II —naturalmente, no sobre la base del Derecho internacional, sino de conformidad con “los más elevados principios de la política internacional”—, y exigió en su art. 228 la entrega de algunos alemanes acusados de crímenes de guerra⁷. En el período comprendido entre

⁴ La expresión procede de *Beling*, *Exterritorialität* pág. 41, que sin embargo mantenía según la anterior teoría dualista que sólo era posible frente a los Estados. Del mismo modo, todavía en sus comienzos, *Pella*, *La criminalité collective* págs. 20 ss. El concepto fue asumido por *Menzell/Ipsen*, *Völkerrecht* págs. 375 ss., mientras que *Oehler*, *Internationales Strafrecht* pág. 606, lo rechazaba.

⁵ *Maunz/Dürig*, Art. 59 núms. 16 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 23 antes del § 1.

⁶ Con detenimiento al respecto, v. *Weber*, *Internationale Strafgerichtsbarkeit* págs. 7 ss.; *Jeschek*, *Völkerstrafrecht* págs. 19 ss.; *Lombos*, *Droit pénal international* págs. 53 ss.; *Oehler*, *Internationales Strafrecht* págs. 605 ss.; *Ferencz*, *Enforcing International Law* Tomo I, 1983; *Bassiouni*, *Rev int dr pén* 1975, págs. 4 ss.

⁷ Finalmente, los procesos tuvieron lugar, de acuerdo con los aliados, ante el Tribunal Imperial de conformidad con la Ley de 18.11.1919 (RGBl. pág. 2125). Los juicios, que en el extranjero levantaron duras críticas, están publicados en un libro blanco como *Reichstagsdrucksache*

las dos guerras mundiales las asociaciones científico-jurídicas de ámbito internacional se esforzaron por realizar un diseño teórico y una imposición práctica del nuevo sector jurídico (*Caloyanni, Donnedieu de Vabres, Pella, Politis, Saldaña, Sottile*).

2. Tras la victoria de las fuerzas aliadas en la Segunda Guerra Mundial, éstas se pusieron pronto de acuerdo sobre la persecución penal de la clase dirigente política, militar y económica de Alemania y sus aliados⁸. En el **Acuerdo de Londres de 8.8.1945** se acordó por los cuatro grandes y 19 Estados más que se adhirieron al mismo con posterioridad, el castigo de los principales responsables de los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y contra la Humanidad; sobre esta base, tuvo lugar el proceso contra los principales criminales de guerra ante el **Tribunal Militar Internacional de Nuremberg**⁹. Se trataba de un Tribunal de ocupación interaliado y no de un órgano con jurisdicción penal internacional, porque el Acuerdo de Londres tenía tan sólo eficacia interpartes y no iba dirigido contra Alemania (art. 34 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23.5.1969 BGBl. 1985 II pág. 926)¹⁰. Mientras que la punibilidad de los crímenes de guerra se basaba en el antiguo Derecho consuetudinario internacional¹¹, los aliados introdujeron de forma novedosa y con efectos retroactivos la punibilidad de los delitos contra la Humanidad (en tanto que éstos no coincidieran con

núm. 2584, I. Wahlperiode, 1920/21. Vid., en relación con la problemática de entonces, *Verdroß*, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung* págs. 84 ss.; *Wegner*, *Kriminelles Unrecht* págs. 28 ss.

⁸ Vid., con más detalle, *History of the UN War Crimes Commission* págs. 87 ss.; *Smith*, *The Road to Nuremberg*, 1981.

⁹ El proceso de 1.10.1946 está publicado en: *Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof* Tomo I, 1947, págs. 189 ss. Sobre el mismo, vid. *Donnedieu de Vabres*, *Recueil des Cours* 70 (1947) Tomo I págs. 489 ss.; *Ehard*, *SJZ* 1948, pág. 353; *Glaser*, *SchwZStr* 68 (1953) pág. 321; *Jescheck*, *Nuremberg Trials*, *Encyclopedia*, Fascículo 4.º, 1982, págs. 50 ss.; *Kranzbühler*, *Rückblick* págs. 11 ss.; *Woetzel*, *The Nuremberg Trials* págs. 40 ss.; *Röling*, *The Nuremberg and the Tokyo Trials*, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 590 ss.; *Herzog*, *Nuremberg* págs. 81 ss.; *Plawski* *Droit international pénal* págs. 72 ss.; *Doehring*, *Beurteilung der Kriegsverbrecherprozesse* págs. 75 ss.; *Grewe*, *Doehring-Festschrift* págs. 229 ss. Una recopilación de material sobre este tema se contiene en *Heydecker/Lieb*, *Der Nürnberger Prozeß*, 1979.

¹⁰ Así, con razón, *Schwarzenberger*, *International Criminal Law* pág. 31; *Dahm*, *Völkerrecht* Tomo III pág. 290; *Wengler*, *Völkerrecht* Tomo I p. 829 nota a pie núm. 3; *Grewe*, *Doehring-Festschrift* pág. 249; *Ipsen*, *Oehler-Festschrift* págs. 506 ss. (en relación con la "Special Proclamation" del General MacArthur de 19.1.1946, sobre la que se basó la jurisdicción del "International Military Tribunal for the Far East").

¹¹ Vid. *Grewe*, *Nürnberg als Rechtsfrage* págs. 17 ss.; *Oehler*, *Internationales Strafrecht* págs. 621 ss.; *Jescheck*, *War Crimes*, *Encyclopedia* Fascículo 4.º, 1982, págs. 294.

el Derecho penal estatal existente) y de las agresiones bélicas¹², algo en lo que difícilmente han tenido razón¹³. Existió, según ello, un "acto revolucionario"¹⁴ con el que se podría estar de acuerdo a la vista de la situación extraordinaria ante la que se encontraban los aliados en 1945, si las reglas generales del Derecho internacional penal hubieran sido asumidas por el Derecho internacional posterior a Nuremberg, algo que precisamente hasta el momento no ha sucedido¹⁵. En lugar de ello, han continuado las intervenciones militares de los más poderosos y han tenido lugar numerosas agresiones bélicas. Los crímenes de guerra y contra la Humanidad que han sido cometidos tras la Segunda Guerra Mundial apenas han sido inferiores en número y horror a los sucedidos entre 1939 y 1945. Casi todos estos hechos han quedado sin castigo o, en cualquier caso, no han sido sancionados conforme al "Derecho internacional penal"¹⁶.

3. Prescindiendo del proceso celebrado contra los dirigentes políticos y militares japoneses ante el **Tribunal militar de Tokio** constituido por once países en el año 1946 y

¹² En la actualidad la doctrina mayoritaria se muestra favorable a los crímenes contra la paz, *Wehberg*, *Laun-Festschrift* pág. 394; *C. A. Pompe*, *Aggressive War* pág. 175; *Oehler*, *Internationales Strafrecht* pág. 616; *Ipsen*, *Oehler-Festschrift* págs. 511 ss.; *Grewe*, *Doehring-Festschrift* pág. 243; *Blumenwitz*, *Krause-Festschrift* págs. 79 ss.; *Röling*, *Encyclopedia* Tomo I págs. 871 ss.; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht* Tomo I/1 págs. 56 ss. Por el contrario, *Glaser*, *Droit international pénal* págs. 67 ss. comprende a la prohibición de las agresiones bélicas contenidas en el Pacto de Briand-Kellogg (1929) como una norma penal. Para afrontar la prohibición de retroactividad el Derecho internacional se conforma con el *merecimiento* de pena del hecho en el momento de su comisión; vid., vgr., *Dahm*, *Völkerrecht* Tomo III pág. 317; *Glaser*, *ZStW* 76 (1964) pág. 523; *Lombos*, *Droit international pénal* pág. 52. No obstante, los modernos documentos de Derecho internacional hablan enérgicamente de *punibilidad* (vid. *infra* § 15 II 4). Sobre todo ello, vid. *Triffterer*, *Dogmatische Untersuchungen* págs. 124 ss.

¹³ *Kranzbühler*, *E. Kaufmann-Festschrift* págs. 221 ss.

¹⁴ *Jescheck*, *Völkerstrafrecht* pág. 175.

¹⁵ Con mayor detenimiento, *Jescheck*, *SchwZStr* 72 (1957) págs. 220 ss.; *el mismo*, *Grünhut-Erinnerungsgabe* págs. 49 ss.; *el mismo*, *GA* 1981, págs. 54 ss. De forma equivocada, numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas son consideradas como recepción de los "principios de Nuremberg"; vid., por ejemplo, *Bierzanek*, *Prosecution of International Crimes*, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I pág. 584. De otra opinión, *Lombos*, *Droit international pénal* pág. 61 ss. En torno a su desarrollo desde la Segunda Guerra Mundial, *Ferencz*, *Enforcing International Law* Tomo II, 1983.

¹⁶ Vid. *Wise*, *War Crimes* págs. 35 ss.; *Grewe*, *Doehring-Festschrift* pág. 241; *Jescheck*, *GA* 1981, pág. 57 nota a pie núm. 26 sobre el castigo de los crímenes de guerra de My Lai en Vietnam que fueron perseguidos sobre la base del Derecho americano, aunque finalmente su persecución no ha tenido eficacia de ningún tipo. Sobre ello, además, *Taylor*, *Nuremberg and Vietnam* pág. 207. También nuestro continente opone resistencia al castigo de los propios nacionales por de crímenes de guerra; vid., críticamente al respecto, *Verhaegen*, *Jescheck-Festschrift* Tomo II págs. 1441 ss.

donde se plantearon los mismos problemas jurídicos que en Nuremberg¹⁷, el proceso ante el IMT de esta última ciudad ha permanecido como el único procedimiento interaliado. Por el contrario, han tenido lugar numerosos procesos contra ciudadanos alemanes tanto ante tribunales extranjeros basados en el Derecho de otros países¹⁸, como también en Alemania sobre la base de la KRG núm. 10 de 20.12.1945 (Kontrollratsamtsblatt pág. 50) ante los tribunales de ocupación¹⁹. La **KRG núm. 10** fue temporalmente también objeto de aplicación por parte de los tribunales alemanes, en la medida en que se tratara de delitos contra la Humanidad cometidos por alemanes en contra sus propios nacionales (vid., vgr., OGH 1, 411; 2, 413). No obstante, desde el año 1950 la Justicia alemana se rigió sólo por el Derecho penal alemán para el enjuiciamiento de los delitos violentos cometidos durante la época del nacional-socialismo²⁰.

4. Los miembros de las **Naciones Unidas** no han hecho suyo el Derecho internacional penal aplicado en Nuremberg y Tokio²¹.

En realidad, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha "confirmado" los principios de Nuremberg en dos resoluciones de 11.12.1946 y de 21.11.1947, pero ello no va más allá de una mera declaración de lo que entonces sucedió a los condenados y no significa la creación de un nuevo Derecho internacional obligatorio para todos sus miembros lo que, por otra parte, tampoco habría competencia de la Asamblea General²². Y es que esta última

¹⁷ Para más detalles, *Röling*, The Tokyo Trial in Retrospect págs. 254 ss.; *el mismo*, Tokyo Trial, Encyclopedia Fascículo 4.º, 1982, pág. 242; *Ipsen*, Oehler-Festschrift págs. 505 ss. La totalidad de la documentación del proceso de Tokio está publicada en *Pritchard/Zaide* (Edrs.), The Tokyo War Crimes Trial, 22 Tomos, 1951. Sobre sus cuestiones jurídicas y significado histórico, *Hosoya* y otros (Ed.), The Tokyo War Crimes Trial, 1986.

¹⁸ Al respecto vid. *Lummert*, Die Strafverfahren gegen Deutsche págs. 29 ss.; *Maunoir*, La répression des crimes de guerre págs. 153 ss.; *Jescheck*, SJZ 1949, pág. 107; *el mismo*, JZ 1953, pág. 156; *el mismo*, Rauter Case, Encyclopedia Fascículo 4.º, 1982, págs. 165 ss.; *Röling*, Recuell des Cours 100 (1960) Tomo II págs. 329 ss.

¹⁹ *Jescheck*, Nuremberg Trials, Encyclopedia Fascículo 4.º, 1982, págs. 54 ss.; *Heinzel/Schilling*, Die

Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, 1952; *v. Knierim*, Nürnberg págs. 11 ss.

²⁰ Una publicación completa hasta el año 1965 de los procesos celebrados ante tribunales alemanes por delitos de homicidio cometidos durante el nacional-socialismo puede encontrarse en la colección "Justiz und NS-Verbrechen", editado por *C.F. Rüter* y otros en 22 tomos entre los años 1968-1981.

²¹ La opinión de *Greenspan*, Law of Warfare pág. 428 de que los principios de Nuremberg se han convertido en una sólida parte del Derecho internacional, no es confirmada ni por los tratados ni por la praxis de los Estados. También es equivocada la opinión de *Clark*, The influence of the Nuremberg Trial pág. 263, según la cual aquí existiría "un grupo de reglas y principios firmemente establecidos".

²² Vid. la exposición de las interpretaciones de ambas resoluciones en *Jescheck*, Grünhut-Erinnerungsgabe pág. 52 anotación núm. 37; además, *Menzel/Ipsen*, Völkerrecht págs. 382 ss.;

nunca ha aceptado ni los principios jurídicos de Nuremberg redactados por la International Law Commission²³ ni el proyectado "Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind"²⁴ elaborado también por aquella ni, en fin, el "Statute for an International Criminal Court" redactado por una comisión internacional²⁵. Resulta cuestionable, pues, la existencia de un Derecho internacional penal que esté por encima de los Estados y que presuponga un gobierno mundial dotado de medios de poder que no hayan creado los más poderosos, en la medida en que estos ejercen su propia política como potencias mundiales. Un desarrollo en esta línea no resulta sin embargo imposible²⁶. La Convención de las Naciones Unidas de 27.11.1968 sentó el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la Humanidad atribuyéndole efecto retroactivo (vid. la 2.^a Ed. de esta obra, págs. 110 ss.)²⁷. La aceptación de una definición de agresión por la XXIX Asamblea General celebrada el 14.12.1974²⁸ ha supuesto una nueva oportunidad para la continuación de los trabajos de las Naciones Unidas en el "Draft Code of Offences", aunque finalmente ha quedado sin eficacia alguna.

Una colección comprensiva de todos los Tratados de Derecho internacional, que además contiene una Parte General con normas penales, ha sido redactada por un grupo internacional de especialistas bajo la dirección de *Bassiouni* bajo el título "Draft International Criminal Code", con la intención de promover los trabajos de las Naciones Unidas en la codificación del Derecho internacional²⁹. En el año 1981 se encomendó otra vez a la Inter-

Oehler, Internationales Strafrecht pág. 607; *Doehring*, Beiträge zur Konfliktforschung pág. 81; *Grewe*, Doehring-Festschrift pág. 236.

²³ AJIL 44 (1950) Supágs. págs. 125 ss.; *Mueller/Wise*, págs. 279 ss.

²⁴ AJIL 49 (1955) Supágs. págs. 17 ss.; *Mueller/Wise*, págs. 594 ss.

²⁵ Report of the 1953 Committee of International Criminal jurisdiction, UN General Assembly, Ninth Session, Supágs. NÚM. 12 (A/2645), 1954, págs. 23 ss. Vid., sobre ello, *Grebing*, GA 1976, págs. 97ss. No obstante, en el año 1994 la International Law Commission ha elaborado el proyecto de un "Statute for an International Criminal Tribunal". Al respecto, *Crawford*, AJIL 88 (1994) pág. 140.

²⁶ Acerca de la anterior valoración global pesimista de la situación vid. el número especial de la Rev int dr pén 1964, núm. 1/2 "Les projets des Nations Unies pour l'institution d'une justice pénale internationale" con numerosas contribuciones de expertos; además, *Dautricourt*, The International Criminal Court, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 636 ss.; *Grewe*, Doehring-Festschrift pág. 237; *Ipsen*, Oehler-Festschrift pág. 515; *Jescheck*, Grünhut-Erinnerungsgabe pág. 47.

²⁷ *Müller*, AJIL 65 (1971) págs. 476 ss.; en relación con el problema de la prescripción *Glaser*, Droit international pénal págs. 113 ss.

²⁸ *Bothe*, Jahrb. f. Intern. Recht 18 (1975) págs. 121 ss. (texto en págs. 142 ss.); *Bromo*, The Definition of Aggression in the United Nations, 1968; *Ferencz*, Defining International Aggression Tomo II págs. 14 ss.; *el mismo*, Criminal Law, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 23 ss.; *Oehler*, Encyclopedia Tomo I pág. 881; *Jescheck*, GA 1981, págs. 54 ss.

²⁹ El texto con comentarios puede verse en *Bassiouni*, International Criminal Law, 1980. Al respecto, *Oehler*, Klug-Festschrift Tomo II págs. 293 ss. y bajo el punto de vista de la protección

national Law Commission la misión de proceder a una nueva redacción del "Draft Code of Offences against the Peace and Security", cuyo informe fue publicado en 1991³⁰. Además, *Bassiouni* ha presentado en el año 1992 un nuevo "Draft Statute International Criminal Tribunal". Los graves crímenes de guerra y contra la Humanidad que fueron cometidos durante la guerra de la anterior Yugoslavia han conducido en el año 1993, sobre la base de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, a la constitución de un Tribunal *ad hoc* para el enjuiciamiento de los culpables³¹. Entretanto, han sido nombrados los miembros de dicho Tribunal y los acusadores³². En el año 1994 ha sido publicado un informe dirigido al Consejo de Seguridad (con una información muy extensa) en el que se investigan los crímenes de guerra y genocidio cometidos en la guerra de Yugoslavia; su elaboración ha corrido a cargo de una comisión dirigida por *Bassiouni*.

III. Los presupuestos jurídicos del Derecho internacional penal

La pregunta sobre si existe un Derecho internacional penal que contenga algo más que obligaciones dirigidas a los Estados consistentes en aprobar disposiciones penales determinadas, resulta dudosa a la luz del desarrollo expuesto³³. De seguirse las tesis Nuremberg, para la existencia de una verdadero Derecho internacional penal deberían darse los siguientes presupuestos:

1. El mismo Derecho internacional debería contener verdaderos tipos penales que vincularan inmediatamente a las personas sin necesidad de recurrir al Derecho estatal, de tal forma que la punibilidad de sus transgresiones se determinara sin necesidad de la intervención del legislador estatal (**principio de responsabilidad penal inmediata del individuo según el Derecho internacional**)³⁴. Un

jurídica internacional de la persona, *Bassiouni*, *Jescheck-Festschrift* Tomo II págs. 1453 ss. El "Draft Code" fue completado a través del "Draft Statute of the International Criminal Tribunal" en *Bassiouni*, *A Draft* págs. 213 ss. Sobre esto *Bassiouni/Blakesley*, *Vanderbilt Journal* 1992, 151 ss.

³⁰ Vid. *Williams*, *The Draft Code of Offences*, en: *Bassiouni* (Ed.), *International Criminal Law* Tomo I, 1986, págs. 109 ss.; *Bassiouni* (Ed.), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, 1993.

³¹ En relación con ello, vid. *Tomuschat*, *The Review of the International Commission of jurists* núm. 50, 1993, págs. 56 ss.; *Partsch*, *Vereinte Nationen* 1994, págs. 11 ss.; *Triffterer*, *ÖJZ* 1994, págs. 825 ss.

³² Al respecto, *Hollweg*, *JZ* 1993, pág. 980; sobre la consecución de un Tribunal Penal Internacional permanente, *el mismo*, *SchwZStr* 112 (1994) págs. 280 ss.

³³ Vid. *Schwarzenberger*, *International Criminal Law* pág. 23: "por ahora no existe una ley internacional penal reconocida por todas las naciones"; sobre esta cuestión vid., además, *Jescheck*, *Maurach-Festschrift* págs. 588 ss.; *Oehler*, *Internationales Strafrecht* págs. 607 ss.; *Ryu/Silving*, *International Criminal Law*, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 23 ss.

³⁴ *Menzel/Ipsen*, *Völkerrecht* pág. 383; *Triffterer*, *Jescheck-Festschrift* Tomo II pág. 1499; *Jescheck*, *International Crimes*, *Encyclopedia Fascículo* 8, 1986, pág. 332. La responsabilidad penal

principio de esta naturaleza sería compatible con la situación actual del Derecho internacional. La cuestión reside sólo en saber si verdaderamente ha encontrado un reconocimiento generalizado (sobre ello vid. *infra* § 14 IV).

2. Pero, además, cuando un comportamiento fuera declarado punible en Derecho internacional, el Derecho estatal debería perder su eficacia pues de lo contrario el individuo estaría situado entre dos fuegos. Ningún Estado podría ordenar ni permitir acciones contrarias al Derecho internacional penal, cualquiera que sea la persona que las cometa, y mucho menos poseer eficacia justificante las órdenes contrarias al mencionado orden jurídico (**principio de primacía del Derecho internacional penal sobre el Derecho estatal**). En teoría también este principio es susceptible de realizarse: las normas del Derecho internacional penal sólo deberían obtener su reconocimiento por la gran mayoría de los Estados, con lo que vendrían a convertirse en “normas generales del Derecho internacional”. Si esta solución óptima no fuera posible, por lo menos aquellos Estados que están interesados en la creación de un Derecho internacional penal deberían estar dispuestos a transformar aquellas normas en Derecho estatal; de este modo, como Derecho más reciente prevalecería frente a otro más antiguo de signo contrario. Por ahora, sin embargo, la realidad es que no ha sucedido ni una ni otra cosa³⁵.

3. Finalmente, debería quedar excluida la posibilidad de que frente a un comportamiento contrario al Derecho internacional penal cometido por un órgano estatal, en el caso de su persecución penal a través de la jurisdicción internacional o extranjera, pudiera alegarse que se trataba de un acto de soberanía estatal sometido sólo a la jurisdicción del propio Estado según el principio de “*par in parem non habet jurisdictionem*” (**exclusión de la “teoría de los actos soberanos”**)³⁶. En este punto, el desarrollo posterior a 1945 ha avanzado lo más ampliamente posible. Ya existe una jurisdicción supraestatal que, de acuerdo con su cualificación jurídica, se encuentra por encima del poder estatal. La creación de un poder soberano internacional de esta naturaleza tiene precisamente el sentido de someter a los Estados bajo su jurisdicción dentro de ciertos límites. Pero, en cualquier

individual debe diferenciarse claramente de la que poseen los Estados por la comisión de crímenes internacionales; vid. *Hofmann*, ZaöRV 45 (1985) pág. 206.

³⁵ Acerca de la posibilidad de un Derecho internacional penal de ámbito regional, *Weigend*, ZStW 105 (1993) págs. 774 ss. y *Wilkitzki*, ibídem págs. 821 ss.

³⁶ Al respecto, vid., con numerosos ejemplos de la praxis de los Estados, *Zander*, AJIL 53 (1959) pág. 826. Sobre la expropiación por parte de los Estados extranjeros vid. *Fonteyne*, Encyclopaedia Tomo I págs. 17 ss.

caso, tampoco puede oponerse más la teoría de los actos soberanos frente a una jurisdicción estatal para el supuesto en el que se cometan graves crímenes contra el Derecho internacional. Esta concepción se corresponde con viejos usos de los crímenes de guerra pero, incluso también para otros delitos, la práctica internacional desde 1945 muestra una imagen tan unitaria que aquí debe ser aceptada una norma general del Derecho internacional³⁷.

IV. Los tipos penales del Derecho internacional penal

En la medida en que pueda hablarse de un verdadero Derecho internacional penal (vid. *supra* § 14 III), las normas penales pueden exponerse de la mano de tres tipos principales descritos en el Acuerdo de Londres de 1945³⁸.

1. Por **crímenes contra la paz** se comprenden la preparación, desencadenamiento y ejecución de una agresión bélica o de una guerra bajo la infracción de tratados internacionales. Los principales problemas residen aquí en la definición del ataque³⁹ y en la delimitación del círculo de personas que puede responsabilizarse.

Un tipo penal delictivo contra la paz de generalizado reconocimiento sería del máximo valor para las exigencias de seguridad de los pueblos, aunque sin embargo todavía no existe. El texto fundamental declara inconstitucional la preparación de la declaración de un estado de guerra (art. 26 GG). Para la protección de la paz el StGB contiene disposiciones penales contra la preparación de un ataque bélico (§ 80)⁴⁰ o su provocación (§ 80 a)⁴¹.

³⁷ Vid. *Dahm*, Völkerrecht Tomo III pág. 319; *Wengler*, Völkerrecht Tomo II págs. 1461 ss. Con reservas, *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht Tomo I, 1 pág. 489.

³⁸ Acerca de los comienzos de una Dogmática de las teorías generales del Derecho internacional penal vid. *Glaser*, *Infraction internationale* págs. 11 ss.; *Hahnenfeld*, *Herkunft der allgemeinen Lehren*, 1959; *Jescheck*, *Völkerstrafrecht* págs. 147 ss.; *Triffirer*, *Dogmatische Untersuchungen* págs. 158 ss.; *Glaser*, *Droit international* págs. 49 ss.; *Vogler*, *Defense of Superior Orders*, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 619 ss.; *Bassiouni*, *International Criminal Code, General Part* con comentarios págs. 141 ss.; *Schindler*, *Crimes against the Law of Nations*, *Encyclopedia* Tomo I págs. 875 ss.; *Wilkitzki*, *ZStW* 99 (1987) págs. 465 ss.

³⁹ Vid. *Bassiouni*, *Butler*, *Novogrod*, *Whitton*, *Dinstein*, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 159 ss.; *Röling*, *Crimes against Peace*, *Encyclopedia* Tomo I págs. 871 ss.; *Ferencz*, *Aggression*, ibídem págs. 58 ss.; *Oehler*, *Internationales Strafrecht* pág. 618; *Jescheck*, *International Crimes*, *Encyclopedia* Tomo II págs. 1119 ss.; además vid. *supra* § 14 II 4.

⁴⁰ Con carácter general vid. sobre ello, *Schroeder*, *Schutz von Staat und Verfassung* págs. 377 ss. En relación con la relación problemática del § 80 con el art. 103 II GG, críticamente *Lackner*, § 80 núm. 2; *Schroeder*, *JZ* 1969, págs. 47 ss.; positivamente *Klug*, *Friedensverrat* págs. 164 ss.

⁴¹ Sobre LG Köln NStZ 1981, pág. 261 convincentemente *Klug*, *Jescheck-Festschrift* Tomo I págs. 583 ss.

2. **Crímenes de guerra** son todas las infracciones de gravedad lesivas del Derecho internacional de guerra, que son cometidas por miembros de una potencia bélica contra los soldados, personas civiles o bienes materiales de un Estado enemigo, de un país vencido o de una zona ocupada⁴².

En un primer plano debe pensarse en aquellas acciones bélicas contrarias al Derecho internacional tales como el saqueo, homicidio o maltrato de prisioneros de guerra y la muerte o expulsión de la población civil ("limpieza étnica"). Sin embargo, los juicios de Nuremberg y la praxis estatal posterior a 1945 han ampliado considerablemente el concepto de crimen de guerra suministrado por el Derecho internacional clásico⁴³. Por ello, el problema jurídico reside en la actualidad en una delimitación precisa de los tipos. Los avances en esta dirección los proporcionan las disposiciones sobre "infracciones graves" contenidos en la cuarta Convención de Ginebra de 1949 (BGBl. 1954 II pág. 782), que señalan cuáles de las transgresiones de Derecho internacional tienen que ser castigadas por el Derecho estatal como crímenes de guerra⁴⁴. Dos protocolos adicionales del año 1977 amplían las "infracciones graves" y refuerzan las obligaciones penales de los Estados⁴⁵. Los convenios mencionados son complementados con la Convención para la protección de bienes culturales de 1954 (BGBl. 1967 II pág. 1233) que, asimismo, en su art. 28 impone deberes penales para los Estados parte. Las convenciones de Ginebra han confiado la protección del Derecho internacional a los legisladores estatales por motivos de necesidades prácticas. En Alemania se ha terminado de elaborar un Proyecto de Ley ejecutiva en este punto como complemento a la Ley penal militar, aunque hasta ahora no ha sido enviada al Parlamento federal. Así pues, por el momento sólo el Derecho penal común puede asumir la protección del Derecho internacional de guerra.

3. Los **crímenes contra la Humanidad** constituyen infracciones de gravedad contra las garantías mínimas de la dignidad humana (en especial contra la vida, integridad corporal y la libertad), por motivos relacionados con la nacionalidad de la víctima o su pertenencia a un grupo social, comunidad cultural, raza, reli-

⁴² Más detalladamente, *Jeschek*, War Crimes, Encyclopedia Fascículo 4.º, 1982, págs. 294 ss.; *Strebel*, ZaöRV 15 (1953) págs. 31 ss.; *Bierzanek*, War Crimes, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 559 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 629 ss. Una colección de las correspondientes convenciones, proyectos de las mismas y resoluciones se contienen en la obra de *Schindler/Toman*, The Laws of Armed Conflicts, 1973.

⁴³ La definición tradicional se encuentra todavía en *Lauterpacht*, British Yearbook of Int. Law 1944, pág. 79.

⁴⁴ Con más detalle al respecto, *Jeschek*, Verbrechen nach Völkerrecht págs. 370 ss.; *Dautricourt*, Rev dr pén crim 35 (1954-55) págs. 739 ss.

⁴⁵ En relación con ello vid. *Bassiouni*, Rutgers Camden Law journal 8 (1977) págs. 194 ss.; *Krüger-Sprengel*, NZWehrr 1981, 121 ss.

gión, confesión o convicción política. Lo característico de estos delitos es que son llevados a cabo con el respaldo estatal⁴⁶.

En los crímenes contra la Humanidad se trata, sobre todo, de poder perseguir penalmente a escala internacional los hechos violentos inducidos o encubiertos por la autoridad estatal en contra de sus nacionales u otros habitantes de su propio país. La Convención internacional para la prevención y represión del genocidio de 1948 (BGBl. 1955 II pág. 210) declara como delitos contra el Derecho internacional determinados actos de agresión contra grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, pero en cualquier caso no contiene disposiciones penales propias⁴⁷. Con motivo de esta convención fue introducido en Alemania el tipo de genocidio (§ 220 a)⁴⁸. Posteriormente, y de conformidad con la KRG núm. 10, fueron introducidas en el Derecho penal alemán vigentes disposiciones tales como los §§ 234 a, 241 a, 130, 131, también sobre crímenes contra la Humanidad. También el Convenio internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial de 7.3.1966 (BGBl. 1969 II pág. 962) contiene obligaciones penales para los Estados⁴⁹.

Capítulo 3: Ley penal y Estado de Derecho

De acuerdo con el principio de reserva de Ley que deriva del art. 20 III GG, todas las intervenciones estatales gravosas para el ciudadano deben estar fundamentadas en una Ley formal. Esto rige sobre todo para el Derecho penal. En éste, las garantías del Estado de Derecho están fuertemente intensificadas pues nada puede amenazar de modo tan permanente a la libertad individual como la arbitrariedad de los poderes públicos que se sirven de los medios del poder punitivo. Las intervenciones penales alcanzan una mayor profundidad en cuanto a sus efectos que cualesquiera otras "intromisiones en la libertad y propiedad"; aquéllas encierran un acento especialmente gravoso sobre todo a través de la desaprobación ético-social que les es inherente. Por ello, la Ley penal y su aplicación no sólo deben cumplir con los principios jurídicos de carácter formal, sino que también debe existir una correspondencia interna con las exigencias de Justicia

⁴⁶ Sobre esta cuestión vid. *Graven*, Recueil des Cours 76 (1950) Tomo I págs. 433 ss.; *Ferencz*, Crimes against Humanity, Encyclopedia Tomo I págs. 869 ss.

⁴⁷ Con mayor detenimiento sobre esta cuestión, *Jeschek*, ZStW 66 (1954) pág. 193; *el mismo*, Genocide, Encyclopedia Tomo II pág. 541.

⁴⁸ En relación con la perseguibilidad de los delitos cometidos en los Balcanes de acuerdo con el Derecho penal internacional alemán *Roggemann*, NJW 1994, pág. 1436.

⁴⁹ Con mayor detalle al respecto, *Bassiouni*, Genocide and Racial Discrimination, en: *Bassiouni/Nanda* Tomo I págs. 529 ss.

que se encuentran condensadas en el principio material del Estado de Derecho (vid. *supra* § 4 II 2)¹. Lo injusto no puede convertirse en justo por el mero hecho de revestir forma de Ley. No obstante, a continuación nos ocuparemos no sobre la dimensión material sino sobre el **aspecto formal del principio de Estado de Derecho**.

§ 15 La función garantista de la Ley penal

Arndt, Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1974; *Baumann*, Dogmatik und Gesetzgeber, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 105; *Bohne*, Die Magna Charta und das strafgesetzliche Analogieverbot, Festschrift für H. Lehmann, 1937, pág. 71; *Bohnert*, P. J. A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz, Sitzungsber. d. Heidelberger Akad. d. Wiss. 1982, Informe núm. 2; *Bringewat*, Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW 84 (1972) pág. 585; *de Brito Alves*, Les principaux aspects de la partie générale usw., Archives de politique criminelle, 1988, núm. 10, pág. 137; *Bruns*, Richterliche Rechtsfortbildung usw., JR 1981, pág. 358; *Burian*, Der Einfluß der deutschen Naturrechtslehre auf die Entwicklung der Tatbestandsdefinition im Strafgesetz, 1970; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2.^a Ed. 1983; *Claß*, Generalklauseln im Strafrecht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 122; *Dahm*, Beibehaltung oder Abschaffung des Grundsatzes "nulla poena sine lege", Deutsche Landesreferate zum 11. Int. Kongreß f. Rechtsvergleichung in Den Haag, 1937, pág. 514; *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1993; *Diefenbach*, Die verfassungsrechtliche Problematik des § 2 IV StGB, Diss. Frankfurt 1966; *Dubs*, Die Forderung optimaler Bestimmtheit belastender Rechtsnormen, en: Referate zum Schweiz. Juristentag 1974, pág. 223; *Engisch*, Der Begriff der Rechtslücke, Festschrift für W. Sauer, 1949, pág. 85; *el mismo*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2.^a Ed. 1968; *el mismo*, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 127; *el mismo*, Methoden der Strafrechtswissenschaft, en: Methoden der Rechtswissenschaft, Teil I, 1972, pág. 39; *Exner*, Gerechtigkeit und Richteramt, 1922; *Frisch*, Ermessen, unbestimmter Begriff usw., NJW 1973, pág. 1345; *Fuhrmann*, Die Bedeutung des "faktischen Organs" usw., Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 139; *Gerland*, Art. 116. Nulla poena sine lege, en: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1929, Tomo I, pág. 383; *Germann*, Zum sog. Analogieverbot nach schweiz. StGB, SchwZStr 61 (1946) (Festgabe für E. Hafter) pág. 119; *el mismo*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2.^a Ed. 1967; *Gomard*, Auslegung und Analogie bei der Anwendung dänischer Wirtschaftsstrafgesetze, ZStW

¹ En relación con los presupuestos materiales de una legislación penal justa *Günther*, JuS 1978, págs. 8 ss.

83 (1971) pág. 332; *Groß*, Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung, Diss. Freiburg 1969; *el mismo*, Über das "Rückwirkungsverbot" in der strafrechtlichen Rechtsprechung, GA 1971, pág. 13; *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970; *Grünwald*, Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 76 (1964) pág. 1; *el mismo*, Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, StV 1991, 31; *el mismo*, Zur Frage des Ruhens der Verjährung von DDR-Straftaten, StV 1992, pág. 333; *Günther*, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, pág. 8; *Hecker*, Das Verbot rückwirkender Strafe setze im amerikanischen Recht, 1971; *Heimberger*, Freiheit und Gebundenheit des Richters, 1928; *Henkel*, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, 1934; *Höpfel*, Zu Sinn und Reichweite des sog. Analogieverbots, JBl 1979, págs. 505, 575; *Hurwitz*, Den danske Kriminalret, Almindelig Del, 1950/51; *Jakobs*, Anmerkung zu BGH 40, 48, NStZ 1994, pág. 332; *Jiménez de Asúa*, Nullum crimen sine lege, ZStW 63 (1951) pág. 166; *Jung*, Rückwirkungsverbot und Maßregel, Festschrift für R. Wassermann, 1985, pág. 875; *Arthur Kaufmann*, Analogie und "Natur der Sache", 2.^a Ed. 1982; *Kohlmann*, Der Begriff des Staatsgeheimnisses usw., 1969; *Krahl*, Die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz, 1986; *Kratzsch*, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, pág. 65; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *el mismo*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; *el mismo*, Zum Gewaltbegriff im Strafrecht, en: *Bundeskriminalamt* (Ed.), Was ist Gewalt? Tomo 2, 1988, pág. 19; *Kunert*, Zur Rückwirkung des milderen Steuerstrafgesetzes, Neue Zeitschr. f. Steuerrecht 1982, pág. 276; *Lange*, Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, en: Berliner Kundgebung 1952 des DJT, 1952, pág. 59; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.^a Ed. 1991; *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen und der Grundsatz nullum crimen sine lege, 1970; *Lenckner*, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 1968, pág. 249; *Lüderssen*, Zu den Folgen des "Beitritts" für die Strafjustiz der Bundesrepublik, StV 1991, pág. 482; *H. Ch. Maier*, Die Garantiefunktion des Gesetzes im Strafprozeß, 1991; *Maiwald*, Bestimmtheitsgebot usw., Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 173; *Mangakis*, Über die Wirksamkeit des Satzes "nulla poena sine lege", ZStW 81 (1969) pág. 997; *H. Mayer*, Das Analogieverbot im gegenwärtigen deutschen Strafrecht, SJZ 1947, pág. 12; *el mismo*, Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, Materialien, Tomo I, pág. 259; *Meyer-Hayoz*, Lücken intra legem, Festschrift für O. A. Germann, 1969, pág. 149; *W. Mittermaier*, Über Analogie im Strafrecht, SchwZStr 63 (1948) pág. 403; *Mohrbutter*, Garantiefunktion und zeitliche Herrschaft der Strafgesetze usw., ZStW 88 (1976) pág. 923; *Müller-Dietz*, Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 41; *Naucke*, Rückwirkende Senkung der Promillegrenze und Rückwirkungsverbot, NJW 1968, pág. 2321; *el mismo*, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973; *el mismo*, Die Aufhebung des Analogieverbots 1935, en: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, pág. 71; *el mismo*, Die

Mißachtung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots 1933-1945, Festschrift für H. Coing, Tomo I, 1982, pág. 225; *Neumann*, Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen usw.? ZStW 103 (1991) pág. 331; *Noll*, Zur Gesetzestechnik im Entwurf eines StGB, JZ 1963, pág. 297; *Nowakowski*, Die Grund- und Menschenrechte in Relation zur strafrechtlichen Gewalt, ÖJZ 1965, pág. 281; *Pfundtner/Neubert*, Das deutsche Reichsrecht (edición con hojas desechables a partir de 1933); *Radbruch*, La sécurité en droit anglais usw., Archives de philosophie du droit, 1936/II, pág. 86; *Röling*, Analogische toepassingen van strafbepalingen, Tijdschrift voor Strafrecht 1938, pág. 1; *Rüping*, Blankettnormen als Zeitgesetze, NStZ 1984, pág. 450; *el mismo*, Nullum crimen sine poena, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 27; *Rupp*, Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, pág. 1769; *Samson*, Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten usw., NJW 1991, pág. 335; *Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Edrs.), Die Grundrechte, Tomo III/2, 1959, pág. 909; *el mismo*, Das strafrechtliche "Analogieverbot", 1953; *Schlüchter*, Das "Minimum" bei der Auslegung usw., NStZ 1984, pág. 301; *la misma*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986; *Schmitt*, Der Anwendungsbereich von § 1 StGB, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 223; *H. P. Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969; *Schreiber*, Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung? JZ 1973, pág. 713; *el mismo*, Gesetz und Richter, 1976; *Schünemann*, Nulla poena sine lege? 1978; *Schulz*, Wahlfeststellung und Tatbestandsreduktion, JuS 1974, pág. 635; *Seel*, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale und der Grundsatz nullum crimen sine lege, Diss. München 1965; *Simma/Volk*, Der Spion, der in die Kälte kam, NJW 1991, pág. 871; *Sommer*, Das mildeste Gesetz i.S.d. § 2 Abs. 3 StGB, 1979; *Straßburg*, Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung, ZStW 82 (1970) pág. 948; *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *el mismo*, Zeitliche Grenzen des Strafrechts, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 193; *el mismo*, Der Wechsel von Strafnormen und die Rechtsprechung des BGH, JZ 1975, pág. 692; *el mismo*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; *Tröndle*, Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel? Festschrift für E. Dreher, 1977, págs. 117 ss.; *el mismo*, Sitzblockaden und ihre Fernziele usw., Festschrift für K. Rebmann, 1989, pág. 481; *Waiblinger*, Die Bedeutung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege", Festgabe für den Schweiz. Juristenverein, 1955, pág. 212; *v. Weber*, Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht, ZStW 56 (1937) pág. 653; *Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere" Fälle, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 295.

De acuerdo con lo establecido en el art. 103 II GG, que por su trascendente significado para la seguridad jurídica aparece también en el § 1 como cabeza del StGB y rige asimismo de modo correlativo para los tipos que incorporan sanciones pecuniarias administrativas (BVerfGE 71, 108 [114]) (vid. también el § 3

OWiG), un hecho sólo puede ser castigado si su punibilidad estaba legalmente determinada antes de que aquél fuera cometido. Además, según el § 2 I, V, también la pena y sus consecuencias accesorias así como los presupuestos de la pérdida del beneficio, el comiso o la inutilización de los efectos o instrumentos del delito, deben estar determinados por la Ley vigente en el momento de la perpetración del hecho. Los presupuestos de la punibilidad y las consecuencias jurídicas del hecho (prescindiendo de las medidas de seguridad; sobre ello vid. *infra* § 15 IV 3) deben, pues, haber estado determinadas por la Ley en el instante en el que el hecho se desarrolla. Estas proposiciones jurídicas fundamentales constituyen la **función garantista de la Ley penal** que en la actualidad es reconocida de cuatro formas: el fundamento de la pena y su agravación, además de no poder tener su origen en el Derecho consuetudinario o en la aplicación analógica de la Ley penal, tampoco pueden poseer una eficacia retroactiva; además, las leyes penales deben estar redactadas de forma tan precisa que su contenido y límites deben deducirse lo más exactamente posible del texto de la Ley (*principio de legalidad*). La exclusión del Derecho consuetudinario y la prohibición de la analogía se dirigen al Juez mientras que la prohibición de la retroactividad y de las normas penales indeterminadas lo hacen al legislador.

I. El significado de la técnica legislativa para la función garantista de la Ley penal

1. La idea básica del principio de legalidad reside en que el castigo criminal no depende de la arbitrariedad de los órganos de persecución penal ni tampoco de los Tribunales, sino que debe estar fijado por el legislador legitimado democráticamente. De este modo, el principio de legalidad es una fuente de seguridad jurídica para los ciudadanos y consigue establecer un enlace entre los Tribunales y las decisiones del legislador. En sí misma, la arbitrariedad judicial también se evita en un sistema en el que, como sucede con el Common Law, la resolución del caso concreto viene suministrada por el **Derecho consuetudinario** y los precedentes judiciales². A pesar de ello, resulta preferible un vínculo con una Ley que ha sido

² De este modo, también en el Common Law hay una función garantista del Derecho penal; vid. *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 178 ss.; *Radbruch*, Archives de philosophie du droit 1936/II pág. 89. La nueva creación de un delito basado en el sistema del Common Law similar al previsto por el § 145 d por parte de R.v. Manley (1933) 1 KB pág. 529 ha sufrido un rechazo unánime. No obstante, según *Smith/Hogan*, Criminal Law pág. 17, en Inglaterra sigue siendo fuente del Derecho penal "a decision of a court" además del "Act of Parliament". En los EE.UU, por el contrario, se rechaza con carácter general la competencia de los Tribunales en la creación de nuevos tipos penales. En cambio, la pregunta relativa a si continúan rigiendo los "tipos" del viejo Common

decidida, escrita y publicada democráticamente, puesto que en ella la situación jurídica queda reflejada para el ciudadano del modo más claro y exacto posible, garantiza la estabilidad y asegura la unidad e igualdad de la aplicación del Derecho a través de una redacción que va más allá del caso concreto.

2. Para la eficacia de la función garantista de la Ley penal la técnica legislativa juega un papel esencial³. Pero también bajo el dominio de la Ley la medida de la vinculación judicial puede ser distinta según que aquélla suponga una *regulación cerrada* (codificación) con la prohibición simultánea de la nueva creación judicial de normas perjudiciales para el reo (como sucede con el StGB), o que a la praxis le esté permitido *colmar lagunas* según su propia experiencia jurídica (como en el BGB⁴). Incluso en un sistema con una regulación legal cerrada donde rige la prohibición de la analogía existen matizaciones en la vinculación que dependen, respectivamente, del grado de **concreción** y **abstracción** de la redacción legal. Sin embargo, sería un error creer que una Ley redactada casuísticamente garantizaría inmejorablemente la conformidad de la decisión judicial con el sentido de la Ley, al poder vincular al Juez del modo más fuerte posible. Y ello porque una redacción legal *casuística* que intente incorporar en detalle todos los presupuestos posibles de la punibilidad, debe permanecer necesariamente incompleta. Además, da lugar al nacimiento de lagunas que fuerzan al Juez al tratamiento materialmente desigualitario de problemas que poseen una identidad valorativa, en la medida en que se le impide la aplicación de la Ley más allá de su posible sentido literal (por medio de la analogía). Resulta por ello imprescindible que los tipos penales empleen también conceptos comunes (por ejemplo, "injuria" en el § 185, "cosa" en el § 242, "documento" en § 267) que especifiquen las características típicas del comportamiento amenazado con pena. Cada vez con más frecuencia el legislador escoge un camino intermedio al utilizar un concepto general (por ejemplo, "supuesto de especial gravedad" en el § 243), y acto seguido aclara éste a través de una lista con ejemplos reglados.

Law inglés es contestada de modo diferenciado; sobre ello vid. *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 88 ss. La prohibición de retroactividad está contenida en la Constitución americana (art. I §§ 9, 10); al respecto vid. *Hecker*, Verbot rückwirkender Strafgesetze págs. 70 ss., 82 ss.; *Schlüchter*, Präjudizien págs. 71 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 135 ss.

³ Acerca del significado de la forma de la proposición jurídico-penal vid. *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen págs. 74 ss.

⁴ Sobre ello vid. el art. 1 II, III del schweiz. ZGB: "No pudiendo ser deducido de la Ley precepto alguno, el Juez debe recurrir al Derecho consuetudinario y, en defecto de éste, debe decidir regido por el criterio que él impondría como legislador. Para ello deberá seguir a la doctrina acreditada y a la tradición".

3. Pero en la *generalización* de la redacción legal puede residir no sólo una ventaja para la Justicia sino también un peligro para la seguridad jurídica, especialmente cuando el legislador utiliza para ello **cláusulas generales** indeterminadas (vgr., “para la defensa indispensable del Ordenamiento jurídico” en el § 47, “acción burda e inconveniente” del § 118 I OWiG)⁵. A menudo, la historia del Derecho penal ha mostrado los peligros que se ciernen sobre la seguridad jurídica con el empleo de este tipo de cláusulas generales.

Ejemplos: Una “Ley” de la República soviética de Munich de 1919⁶ estipulaba: “Cualquier contravención a los principios revolucionarios será castigada. La clase de pena está sujeta a la libre discrecionalidad del Juez” (vid. ZStW 40 [1919] pág. 511). El § 2 StGB de 1935 hizo del “sano sentimiento popular” en conexión con el pensamiento básico de una Ley penal, el fundamento último del castigo. Demasiado lejos va también el § 266 I 2 donde se previene como forma de comportamiento punible quien “en virtud de una relación de fidelidad que impone un deber, lesiona intereses patrimoniales ajenos a salvaguardar”. El § 240 relativo a las coacciones es considerado por muchos como inconstitucional a causa de la indeterminación de la “cláusula de reprochabilidad” contenida en su apartado segundo⁷, si bien el Tribunal Constitucional no ha puesto reparos a la constitucionalidad del precepto, aunque eso sí, al menos con un empate de votos (BVerfGE 73, 206 [230 ss.]; 76, 211 [215 ss.]).

El legislador no debería intentar declinar sobre el Juez su responsabilidad en la delimitación del comportamiento punible mediante el empleo de conceptos poco nítidos. Resulta decisivo que el primero de ellos elabore claramente el **tipo** del comportamiento punible por medio de un juego combinado de generalización y diferenciación⁸.

⁵ Para más detalles, *Claß*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 136 ss.; *Lenckner*, JuS 1968 págs. 252 ss. En relación con el avance de las cláusulas generales, *Naucke*, Über Generalklauseln págs. 4 ss.; a menudo con márgenes estrechos son también inevitables en Derecho penal (BVerfGE 4, 358; 11, 237). *AK (Hassemer)* § 1 núm. 18: “recurso justificado a la vaguedad”.

⁶ Debe recordarse que en ese año Baviera se organizó durante dos semanas como república soviética (N del T).

⁷ Así, por ejemplo, *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 86; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 357; de otra opinión *Lackner* § 240 núm. 2.

⁸ Con mayor detalle sobre la configuración de los tipos en Derecho penal, *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung págs. 266 ss.; acerca de la regulación genérica y casuística *Noll*, JZ 1963 pág. 300; sobre el significado de la configuración de los tipos para la función garantista *Arthur Kaufmann*, Analogie pág. 52.

4. Las cualidades o elementos **descriptivos** del tipo (por ejemplo, "persona" en el § 212; "persona menor de 14 años" en el § 176 I; "matar" en el § 212) posibilitan una vinculación relativamente estrecha del Juez a la Ley, puesto que aquí el sentido material se deduce directamente de la observación, la experiencia de la vida o de otros criterios exteriores ya fijados (vid. *infra* § 26 IV 1). Por el contrario, los elementos **normativos** del tipo (vgr., "móviles abyectos" en el § 211 II; "burda contravención del tráfico o desconsideración" en el § 315 c I núm. 2) conceden una gran libertad al Juez, puesto que requieren de una valoración que complete su contenido y les permita ser aplicados (vid. *infra* § 26 IV 2)⁹. Aquí, la vinculación del Juez a la Ley consiste en que el legislador no admite una valoración personalísima, sino que parte de la existencia de valores ético-sociales generales a los que el Juez se halla sometido¹⁰. Sin embargo, no existe un contraste nítido entre ambos grupos: también conceptos descriptivos están necesitados de interpretación en casos dudosos, mientras que los elementos normativos también muestran aspectos centrales empíricos. En la frontera de ambos grupos se encuentra, por ejemplo, el concepto de "violencia" en el § 240 I (BVerfG StV 1987, 15)¹¹.

Ejemplos: "Matar" es un concepto descriptivo que, no obstante, puede convertirse en dudoso en los casos de eutanasia omisiva (BGH 32, 367 [380 ss.]). El "móvil abyecto" del asesinato (§ 211 I) es un elemento normativo que puede ser captado a un nivel más profundo según una valoración ética *general* (BGH 3, 132).

Con el empleo de cualidades típicas normativas el legislador, incluso en Derecho penal, ha llegado a introducir **conceptos jurídicos indeterminados** (por ejemplo, "reprochabilidad" en el § 240 II; "transgresión de las buenas costumbres"

⁹ *Engisch*, Einführung págs. 109 ss.; *el mismo*, Mezger-Festschrift pág. 136; no existen objeciones de rango constitucional; vid. BVerfGE 4, 352 (357 ss.). Además, *Seel*, Unbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale pág. 133, así como sobre conceptos jurídico-penales ambiguos *AK (Hassemer)* § 1 núms. 35 ss.

¹⁰ En relación con el "Derecho judicial" vid. *Meyer-Hayoz*, Germann-Festschrift pág. 155. Un verdadero Derecho judicial en Derecho penal alemán podría contradecir el art. 103 II GG. La necesidad de una compenetración del Derecho penal moderno con cláusulas normativas es enfatizada por *Lenckner*, JuS 1968 pág. 255. Acerca de los criterios del Derecho judicial vid. también *H.P. Schneider*, Richterrecht págs. 37 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 95 ss. Acertadamente en contra de la politización de la Justicia a través del Derecho judicial *Rupp*, NJW 1973 págs. 1770 ss. Este peligro existe en la doctrina jurisprudencial relativa a los bloqueos mediante sentada, en la medida en que el objetivo mediato de los manifestantes se incluya en la prueba de la reprochabilidad según el § 240 II (BGH 34, 71 [77 ss.]). En contra, acertadamente, (BGH 35, 270 [275 ss.]); sobre ello, *Tröndle*, Rebmann-Festschrift págs. 499 ss.

¹¹ Profundizando en la cuestión *Krey*, Gewaltbegriff págs. 19 ss. El empleo del elemento de la "violencia" en el § 240 a los bloqueos mediante sentada ha sido declarado inconstitucional por el BVerfG a través de la resolución de 10.1.1995 (NJW 1995, 1141).

en § 226 a¹². En estos casos fronterizos de reserva de Ley en los que el legislador se remite a criterios imprecisos y extrajurídicos¹³, la exigencia de vinculación del Juez a la Ley sólo puede ser salvaguardada si la valoración puede ser basada *de conformidad* con los conceptos axiológicos de la colectividad (vid., por ejemplo, la cuestión acerca de la impunidad de los duelos estudiantiles BGH 4, 24 [32])¹⁴, y si el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados, como ocurre con el § 240 II, pueden ser concretados por medio de la interpretación.

5. El principio de legalidad no sólo se refiere a los presupuestos de la punibilidad sino también a las consecuencias jurídicas que amenazan al autor (BVerfGE 25, 269; 45, 363; BGH 18, 136 [140])¹⁵. Sin embargo, aquí la Ley prevé en parte un espacio de juego extremadamente amplio para la determinación de la pena (por ejemplo, los §§ 43 a, 212 en relación con el 213 y 253 I). Al menos, los marcos penales aplicados han sido unificados en la reforma. Como pena absolutamente determinada sólo está la prisión perpetua del asesinato y del genocidio (§§ 211 I, 220 a I núm. 1), aunque para el caso del asesinato alevoso ha perdido su carácter absoluto ya que de acuerdo con la BGH 30, 105 resulta de aplicación el § 49 apartado primero, núm. 1.º, cuando concurren circunstancias extraordinarias que disminuyan la culpabilidad del delincuente¹⁶. En algunos casos también se prevé de modo simultáneo el castigo de la prisión perpetua junto con el de la prisión temporal (vgr., §§ 80, 239 a II¹⁷, 251). Asimismo, son aplicados distintos marcos de la pena de prisión temporal (por ejemplo, §§ 185, 187, 250, 316 a). Sólo en contadas ocasiones la pena de multa se prevé junto con la de prisión (vgr., § 266 I). La acumulación de la pena de multa a la de prisión presupone el ánimo de enriquecimiento (§ 41). Sin embargo, el marco mismo de la pena de multa resulta de una extensión apenas compatible con un Estado de Derecho (a saber, de acuerdo con el § 40 II 3 en conexión con el § 40 I 2 oscila entre 10 y 3.600.000 DM, pudiendo alcanzar incluso los 7.200.000 DM cuando se aplica como pena

¹² De acuerdo con la 6. StrRG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 164) este último ejemplo debe entenderse referido al § 228 StGB (N del T).

¹³ En torno a los criterios relativos a los límites en la admisibilidad de elementos típicos indeterminados *Lemmel*, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen* págs. 180 ss. Niega, con razón, la libre discrecionalidad judicial en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados *Frisch*, *NJW* 1973, págs. 1346 ss.

¹⁴ *Schlüchter*, *NStZ* 1984 págs. 303 ss.

¹⁵ Sobre ello vid. *Stree*, *Deliktsfolgen und Grundgesetz* págs. 78 ss.; *Roxin*, *Allg. Teil I* § 5 núms. 77 ss.; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 24.

¹⁶ Con ello, el BGH viene a alejarse de modo objetable de la vinculación de la Ley. Al respecto vid. *Bruns*, *JR* 1981, págs. 362 ss.

¹⁷ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 239a III (N del T).

única según el § 54 II 2). Para evitar la existencia de marcos penales inadecuados por su amplitud, en la pena de prisión se configuran graduaciones valorativas que se basan o bien en la concurrencia de cualidades típicas adicionales (por ejemplo, § 244 en relación con el § 242), o bien en la creación de supuestos especialmente graves (vgr., §§ 212 II, 263 II¹⁸) o de menor gravedad (por ejemplo, §§ 177 II¹⁹, 249 II). Los casos especialmente graves pueden ser aclarados a través de listas con ejemplos reglados (vgr., §§ 176 III, 243). La vinculación del Juez a la Ley es más flexible frente a los verdaderos elementos que cualifican el tipo, aunque resulta ser más estrecha que en las causas innominadas de agravación o atenuación de la pena.

II. El desarrollo histórico del principio de legalidad

1. El principio de legalidad²⁰ es atribuido por muchos a la Magna Charta Libertatum del rey inglés Juan sin Tierra de 1215, en cuyo art. 39 se aseguraba que las sanciones frente a las personas libres sólo debían ser admitidas “per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”. Sin embargo, es más probable que con ello no se quisiera expresar una garantía jurídica material sino, más bien, una de naturaleza procesal²¹. La CCC habla en el encabezamiento del artículo 105 “von unbenannten peinlichen fellen vnnd strafen”, admitiendo para ello una aplicación analógica tras la deliberación de los Jueces y sentenciadores. En los siglos XVII y XVIII²² los Tribunales, bajo la influencia de la teoría del Derecho natural y del pensamiento reformista del deber penal oficial, juzgaron basándose sencillamente en su libre arbitrio judicial lo que, naturalmente, llevó a una inseguridad jurídica insostenible que condujo a que en el período de la Ilustración se demandara con urgencia la Ley escrita (vid. *supra* § 10 V)²³.

2. La **base histórica del principio de legalidad** reside en la *teoría del contrato social de la Ilustración* (vid. *supra* § 10 VI)²⁴. Sus raíces se cimentan sobre

¹⁸ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 263 III (N del T).

¹⁹ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 177 V (N del T).

²⁰ Sobre su historia dogmática Krey, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983; Schreiber, Gesetz págs. 67 ss. 83 ss.

²¹ Así, Bohne, Lehmann-Festschrift págs. 80 ss.; Krey, Keine Strafe ohne Gesetz págs. 43 ss.

²² Más detalladamente v. Weber, ZStW 56 (1937) págs. 660 ss.

²³ Acerca de este tema Schaffstein, Die allgemeinen Lehren págs. 39 ss. Sobre el concepto legal de la teoría del Derecho natural y la separación entre delito y pecado vid. Burian, Naturrechtslehre págs. 43 ss., 83 ss., 113 ss.

²⁴ Vid. v. Hippel, Tomo I págs. 258 ss.; Waiblinger, Juristenvereins-Festgabe pág. 221; Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 73; Schreiber, Gesetz págs. 33 ss.

la idea de una razón común a todas las personas que ha encontrado su expresión decisiva en la Ley y que excluye a la arbitrariedad estatal como una “perturbación” irracional, en el postulado del reconocimiento para toda persona de derechos y libertades naturales de carácter inviolable, en la limitación de la misión del Estado a la protección jurídica y en la exigencia de seguridad y certeza del Derecho a favor de una burguesía influyente (sobre la historia y origen del principio de legalidad vid., para más detalles, la 2.^a Ed. de esta obra pág. 104).

3. Con su origen en el Código penal francés de 1810 (art. 4)²⁵, el RStGB de 1871 asumió el principio de legalidad (§ 2 I)²⁶ por medio del StGB de 1851, aunque previamente ya el **art. 116 WRV** le reconoció rango constitucional, aunque la distinta formulación del § 2 StGB condujo a dudas nefastas acerca del alcance de la garantía constitucional²⁷. El *nacional-socialismo* eliminó el lema liberal “nullum crimen sine lege” sustituyéndolo por el giro autoritario de “**ningún delito sin pena**” (vid. § 2 en la redacción de la Ley de 28.6.1935)²⁸. Las fuerzas

²⁵ Continuando con el sistema previsto hasta ahora, el Código penal francés de 1994 sigue exigiendo en su art. 111-2 una Ley formal para “crímenes” y “delitos” y se conforma para las “contravenciones” con un simple “reglamento” (vid. *Stefani/Levasseur/Boulloc*, Droit pénal général núms. 123 ss.; *Ministère de la Justice*, Circulaire pág. 10)

²⁶ En relación con la postura de Feuerbach, *Bohnert*, P.J.A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz, 1982.

²⁷ Según *Gerland*, art. 116 pág. 373, la prohibición de retroactividad para las normas que determinan una agravación de la pena no tenía que haber alcanzado rango constitucional; igualmente, *Frank*, § 2 anotación núm. I y, también en cuanto al resultado, RG 56, 318; en sentido contrario, con razón, v. *Liszt/Schmidt*, pág. 108 nota a pie núm. 3. El nacional-socialismo se aprovechó de esta controversia e introdujo, a través de la “lex van der Lubbe” de 29.3.1933 (RGBl. I 151), la pena de muerte con efectos retroactivos para el incendio intencional (incendio del Parlamento imperial); vid. la referencia al “estado de la discusión científica” sobre el tema en *Pfundtner/Neubert*, Das deutsche Reichsrecht II c 1 pág. 2. El RG, en la sentencia que enjuició el incendio del Parlamento imperial de 13.12.1933, declaró ajustada a Derecho la introducción de la pena de muerte con efectos retroactivos (los fundamentos jurídicos de esa resolución pueden encontrarse en *LK* (11.^a) [Gribbhom] § 1 núm. 22). De todos modos, en virtud del art. 2 de la Ley de Delegación de 1933, el Gobierno podía apartarse de la Constitución. En un dictamen presentado a la Cancillería imperial *Oetker, Nagler y v. Weber* ya advirtieron en su tiempo sobre la introducción con carácter retroactivo de normas que determinaban la agravación de la pena; vid. *Dreher*, ZStW 82 (1970) págs. 851 ss. Una recopilación de las Leyes penales del III Reich que tuvieron efecto retroactivo se encuentra en *Pfundtner/Neubert*, Das deutsche Reichsrecht II c 6 págs. 189 y 252. Vid., además, *Naucke*, Coing-Festschrift Tomo I págs. 225 ss.

²⁸ Acerca de sus relaciones con la historia del pensamiento *Frank*, Nachtrag pág. 186; *Henkel*, Strafrichter und Gesetz págs. 11 ss. Con anterioridad, ya era partidario de un debilitamiento de la prohibición de la analogía *Exner*, Gerechtigkeit und Richteramt págs. 51 ss. En contra, acertadamente, *Heimberger*, Freiheit und Gebundenheit pág. 18. El RG hizo un uso precavido de la abolición

de ocupación restauraron el principio de legalidad lo antes posible (MilRegG núm. 1; KRProkl. núm. 3; KRG núm. 11 de 30.1.1946, Kontrollratsamtsblatt pág. 55), lo que sin embargo no impidió que en el propio Acuerdo de Londres de 8.8.1945 y en la KRG núm. 10 de 20.12.1945 se previeran disposiciones penales retroactivas (vid. *supra* § 14 II 2)²⁹.

4. La República Federal ha otorgado al principio de legalidad en el art. 103 II GG el **rango de derecho fundamental**³⁰. Además, dicho principio ha encontrado un **reconocimiento internacional** a través de diferentes tratados internacionales. De acuerdo con el art. 7 I 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4.11.1950 (BGBl. 1952 II pág. 686), nadie puede ser condenado por una acción u omisión que en el momento de cometerse no era punible de acuerdo con el Derecho interno o el internacional; asimismo, de conformidad con el art. 7 I 2 del mismo texto, está excluida la agravación punitiva con efectos retroactivos³¹. La misma garantía se encuentra en el art. 99 del Acuerdo de Ginebra sobre el tratamiento de los prisioneros de guerra de 12.8.1949 (BGBl. 1954 II pág. 838) y, análogamente, también en el art. 65 del Acuerdo de Ginebra de 12.8.1949 para la protección de las personas civiles en tiempos de guerra (BGBl. 1954 II pág. 917). La República Federal ha ratificado estos tratados, declarándose también así

del mandato de prohibición de la analogía (vid., por ejemplo, RG 70, 175; 70, 315; 70, 369; 71, 306; 72, 146; 75, 61); al respecto vid. *AK (Hassemer)* § 1 núm. 12. La reacción internacional a la abolición en Alemania del principio de legalidad fue vehemente. Como la ciudad libre de Danzig quiso seguir este ejemplo, un dictamen del Tribunal Permanente Internacional declaró al principio de legalidad como una parte irrenunciable del Estado de Derecho (Resoluciones del Tribunal Permanente Internacional, Tomo 12 [1937] pág. 55). Las asociaciones internacionales de Ciencias Jurídicas se adhirieron a esta postura; vid. Association internationale de droit pénal, IV Congrès international de droit pénal, 1939, págs. 40 ss., 93 ss., 441 ss.; Voeux et résolutions du II Congrès international de droit comparé, 1938. Se pronunció a favor de la renuncia del principio nulla poena *Dahm*, Deutsche Landesreferate págs. 514 ss. Se esfuerza en una valoración correcta de los pros y los contras *W. Mittermaier*, SchwZStr 63 (1948) pág. 403. En profundidad sobre ello con cumplidas referencias *Rüping*, Oehler-Festschrift págs. 27 ss.; *Naucke*, NS-Recht in historischer Perspektive pág. 71.

²⁹ *LK* (11.^a) (*Gribbohm*) § 1 núm. 91.

³⁰ Vid., en relación con el presente, *Schreiber*, Gesetz págs. 201 ss. Acerca del significado político del principio de legalidad *Magankis*, ZStW 81 (1969) págs. 997 ss.

³¹ El art. 7 II (que contiene la denominada "cláusula de Nuremberg") que *no* fue ratificado acertadamente por la República Federal por respeto al art. 103 II GG, exige en verdad una *punibilidad* existente en el momento de comisión del hecho, aunque a través de la alusión a "los principios generales reconocidos por los pueblos civilizados" viene a aceptar al *Derecho consuetudinario* como fuente del Derecho fundamentadora de la responsabilidad penal, lo que atenta contra el art. 103 II GG (vid. *infra* § 15 III 1).

partidaria de la vigencia internacional del principio de legalidad. Finalmente, una confirmación de su reconocimiento mundial viene suministrada por su previsión en el art. 11 II de la Declaración Universal de los Derechos de la Persona de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10.12.1948 y en el art. 15 I del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966 (BGBl. 1973 II pág. 1534). En la actualidad, el principio de legalidad también se corresponde con el conjunto de la convicción científica del mundo especializado³².

III. La función garantista de la Ley penal en el Derecho vigente

De acuerdo con el art. 103 II GG y el § 1 StGB la punibilidad debe estar *legalmente* determinada antes de que el hecho fuera cometido. Estos preceptos sirven de base para el concepto *material* de Ley, aunque el significado práctico del reglamento en Derecho penal ha sido limitado considerablemente por el BVerfG (vid. *supra* § 13 II 2). Según el art. 104 I GG únicamente puede ser tenida en cuenta una Ley *formal* como base para la *pena de prisión*. Del art. 103 II GG se deducen cuatro consecuencias (BVerfGE 25, 285; 26, 31 [42])³³:

1. El principio de legalidad comporta, en primer lugar, la **exclusión del Derecho consuetudinario**. Esto significa que nadie puede ser castigado o condenado con una pena más grave que la legalmente prevista, apelando sólo al Derecho consuetudinario ("nullum crimen sine lege scripta") (vid. *supra* § 12 IV 2). Con ello, la reserva de Ley en Derecho penal está formalizada más fuertemente que en todos los demás sectores jurídicos. El Derecho consuetudinario, que en otros ámbitos del Ordenamiento jurídico está reconocido, puede, sin embargo, desplegar sus efectos sobre el Derecho penal cuando éste se remite a aquél.

³² Vid. Jiménez de Asúa, ZStW 63 (1951) págs. 184 ss.; vid., además, la información bibliográfica suministrada en Schönke/Schröder/Eser, § 1. Conforme a ello, la Unión Soviética volvió al reconocimiento del principio de legalidad por medio del art. 6 de los Principios de Derecho penal de 1958, habiéndose adherido a ello todos los países socialistas, con excepción de algunos pocos de ellos. Significativo es, sobre todo, el § 1 StGB danés en su redacción de 1966 que Hurwitz, Kriminalret págs. 139 ss. interpreta restrictivamente, mientras que Marcus, Das Strafrecht Dänemarks pág. 85, se muestra crítico de la mano de algunos ejemplos suministrados por la praxis. Un punto de vista de gran trascendencia en esta cuestión defiende el holandés Röling, Tijdschrift voor Strafrecht 1938, pág. 1. En relación con el Derecho escandinavo y su jurisprudencia Gomard, ZStW 83 (1971) págs. 332 ss. Acerca de la prohibición de la analogía de acuerdo con el art. 1 del nuevo Código penal brasileño, Fragoso, Lições págs. 87 ss.; da Costa jr., Comentários, art. 1 anotación (págs. 2 ss.); de Brito Alves, Archives de politique criminelle núm. 10 pág. 138.

³³ En relación con lo que se expone a continuación Schmitt, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 223 ss.; Schönemann, Nulla poena sine lege? págs. 17 ss.

Ejemplo: El concepto de “animales de caza” en el § 292 se determinaba, hasta la introducción el § 2 RJG de 1934, según el Derecho territorial y con ello, parcialmente, de acuerdo con el Derecho consuetudinario (RG 46, 108 [111]).

Por el contrario, resulta admisible el Derecho consuetudinario que es beneficioso para el autor, como por ejemplo ocurre a través de la creación de nuevas causas de justificación³⁴. Y así, con anterioridad el derecho de corrección del profesor era reconocido por el Derecho consuetudinario (vid. *infra* § 35 III 1).

En el ámbito de las “teorías generales” (vgr., delimitación entre dolo e imprudencia, actio libera in causa, delitos de omisión impropia) los criterios decisivos han sido fijados en múltiples ocasiones, no a través la Ley, sino por medio de la teoría y la jurisprudencia. Además, aquí se trata de la labor interpretativa que puede ser llevada a cabo mediante el Derecho consuetudinario (vid. *supra* § 12 IV 2)³⁵. Derecho consuetudinario es, por ejemplo, el Derecho penal interregional (vid. *infra* § 20 I 2).

2. La segunda consecuencia que se deriva del principio de legalidad se refiere a la *interpretación de las disposiciones penales*.

a) De conformidad con el art. 103 II GG y el § 1 StGB está prohibida la **analogía** como medio de nueva creación y extensión de preceptos penales, así como de agravación de penas³⁶ y medidas de seguridad (BVerfGE 71, 108 [114 ss.]; BGH 18, 136 [140]) (“nullum crimen sine lege *stricta*”)³⁷. Por ello, también el aplicador jurídico en Derecho penal está ligado más estrechamente a la proposición legal que en otros ámbitos del Derecho. El motivo interno de la prohibición de la analogía reside igualmente en que el enjuiciamiento del merecimiento de pena de una transgresión debe permanecer reservado al legislador. De este modo,

³⁴ Vid. *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 2 A núm. 8; sobre la consolidación del Derecho judicial como Derecho consuetudinario *Bringewat*, ZStW 84 (1972) págs. 592 ss.

³⁵ Este camino intermedio evita una vinculación rigurosa de la jurisprudencia. Con carácter general, en contra del Derecho consuetudinario en las teorías generales que no gozan de una regulación legal, *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núms. 47 ss. La opinión contraria, según la cual, las teorías generales estarían dominadas en gran medida por el Derecho consuetudinario, es defendida por *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 8 núm. 41; *LK* (11.^a) (*Gribbohm*) § 1 núm. 71. En el sentido del texto principal *SK* (*Rudolphi*) § 1 núm. 21; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 94.

³⁶ La tesis que ocasionalmente se defendió con anterioridad consistente en que la garantía constitucional no abarcaba a las consecuencias penales, está en la actualidad abandonada; vid. BGH 3, 259 (262), así como *Manz/Dürig*, art. 103 II núm. 231; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 28.

³⁷ El Código penal francés de 1994 dispone expresamente en su art. 111-4 que “La loi pénale est d’interprétation stricte”, con lo que no sólo afecta a la prohibición de la analogía, sino también a la interpretación extensiva (vid. *Pradel*, Le nouveau Code pénal pág. 26).

cuando se suscita la pregunta relativa al castigo de un comportamiento, debe conseguirse contestar desde la distancia y objetividad que la legislación crea y no desde la indignación del momento³⁸ (fundamentación *político-criminal* del principio de legalidad). El concepto de la prohibición de la analogía, tal y como es utilizado generalmente en el uso científico del lenguaje, significa la exclusión de una aplicación del Derecho que va más allá del sentido de una norma penal indagado a través de su interpretación (vid. *infra* § 17 I 4). Pero la denominación “prohibición de la analogía” no alcanza en el fondo al núcleo de la cuestión³⁹, puesto que la analogía no es otra cosa que un usual procedimiento de cierre de la lógica jurídica que en todo el Derecho y, por lo tanto, también en Derecho penal, no sólo es utilizada “in bonam partem”. Sin embargo, no existen reparos a la utilización de esta expresión cuando respecto de ella queda claro que con la *prohibición* de la analogía se hace referencia a aquella que *tiene por finalidad la creación del Derecho*⁴⁰.

Ejemplos de analogía como procedimiento de cierre previsto legalmente: el § 223 a comprende también a “otros instrumentos peligrosos”, §§ 315 I núm. 4 y 315 b I núm. 3 se refieren también a “una intervención similar, igualmente peligrosa”⁴¹.

b) Si de la interpretación del sentido de la norma resulta una **laguna** que desde un principio es atribuible a la Ley (laguna primaria) o, posteriormente, a través de un cambio en las circunstancias (laguna secundaria), el juez penal debe absolver cediendo el paso al legislador; por el contrario, en tales casos el propio juez civil crea la norma jurídica aplicable⁴².

³⁸ Así, igualmente, Grünwald, ZStW 76 (1964) págs. 13 ss.

³⁹ En este sentido, especialmente, Sax, Analogieverbot págs. 97 ss.; Waiblinger, Juristenvereins-Festgabe págs. 254 ss.; Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 99. Por otra parte, la analogía tampoco es siempre “interpretación”, tal y como Sax, Analogieverbot págs. 130 ss. parece aceptar. Sobre todo ello Höpfel, JBl 1979, págs. 580 ss. A causa de la equivocidad de la expresión Jakobs, Allg. Teil 4/33 habla de “prohibición de generalización”.

⁴⁰ Al respecto, H. Mayer, SJZ 1947, pág. 17; Schönke/Schröder/Eser, § 1 núms 32 ss.; Krey, Studien pág. 214; LK (11.ª) (Gribbom) § 1 núms. 73, 87.

⁴¹ Más detenidamente sobre la analogía como medio de interpretación admitido Germann, SchwZStr 61 (1946) págs. 137 ss.; Engisch, Methoden págs. 65 ss.; LK (11.ª) (Gribbom) § 1 núm. 85 con numerosos ejemplos. Que la distinción entre interpretación y analogía es escurridiza se demuestra en los ejemplos de Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 111. Sobre ello, además, Fuhrmann, Tröndle-Festschrift págs. 145 ss. exponiendo en la nota a pie núm. 45 sentencias del BGH que observan rigurosamente la prohibición de la analogía.

⁴² Vid. Larenz, Methodenlehre págs. 381 ss. Sobre la creación jurídica complementadora Germann, Rechtsfindung págs. 135 ss.; Baumann, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 105 ss. Acerca

Ejemplos: Y así, el RG no ha castigado como hurto la sustracción de energía eléctrica ajena, puesto que la corriente carece de la capacidad patrimonial para ser considerada como “cosa”, tal y como presupone el § 242 (RG 32, 165; en sentido contrario se pronuncia el Tribunal de Casación francés, Sirey 1913, Tomo I pág. 337). Por este motivo tuvo que ser promulgada una Ley especial relativa al castigo de la sustracción de energía eléctrica de 9.4.1900 (RGBl I pág. 288) (en la actualidad prevista en el § 248 c). La utilización abusiva de teléfonos públicos con monedas alteradas no pudo calificarse ni como estafa (§ 263) ni como sustracción de energía eléctrica (Ley de 9.4.1900) ni, por último, como falsificación de moneda (§ 146) (RG 68, 65). Por ello, en 1935 fue creado el § 265 a) relativo al abuso de dispositivos automáticos. La reinterpretación de la prohibición de fuga del § 142 (en su redacción anterior) como una obligación de declarar (BGH 5, 129) ha sido declarada por la BGH 11, 117, como una infracción “del principio básico contenido en el § 2 StGB”; no obstante, el nuevo § 142 III ha vuelto a introducir un deber semejante. La extensión del § 246 a *todos* los casos de apropiación antijurídica ha sido rechazada por la BGH 2, 317 (319) por considerarla incompatible con su claro tenor literal. Asimismo, el pegar un buzón de reparto de correos no fue considerado como daño material conforme el § 303, siempre que su estructura o utilidad no hayan sido menoscabadas (BGH 29, 129; con una tesis coincidente se resolvió el caso del “pintor con spray de Zurich” BVerfG NJW 1984, pág. 1293). El abuso de una tarjeta de crédito para el pago de bienes o prestaciones de servicios no es ni estafa consumada ni infidelidad patrimonial (BGH 33, 244 [247 ss.]), por lo que la laguna surgida fue subsanada en el año 1986 a través del nuevo § 266 b. Por otro lado, en muchos casos la jurisprudencia ha ensanchado tanto los límites en la interpretación del sentido de la norma que apenas existe una pequeña diferencia material frente a la analogía. Así sucede cuando el elemento “vehículo con enganche animal” (§ 3 I núm. 6 de la Ley prusiana sobre hurto forestal) se realiza también con la utilización de vehículos a motor (BGH 10, 375). Más lejos todavía va la afirmación de la concurrencia del ánimo de apropiación cuando alguien toma un libro de unos grandes almacenes, con la única intención de leerlo y devolverlo lo antes posible (OLG Celle NJW 1967, pág. 1921)⁴³.

c) En la configuración de la prohibición de la analogía, la función garantista de la Ley penal comprende a todos los elementos del precepto penal que determinan el *contenido del merecimiento de pena* y la *consecuencia jurídica*, esto es, los ele-

del concepto de laguna jurídica *Engisch*, Sauer-Festschrift pág. 90; *el mismo*, Einführung págs. 138 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 158; *Canaris*, Lücken im Gesetz pág. 198.

⁴³ Crítico con la interpretación siempre extensiva, *LK* (10.^a) (*Tröndle*) § 1 núm. 33. Por otro lado, también existen ejemplos respetuosos con el mandato de interpretación restrictiva tales como el caso Fanny-Hill BGH 23, 40, así como el resuelto por la BGH 14, 116 (inaplicabilidad del § 142 en su redacción anterior a la circulación de agua). En relación con la interpretación de casos fronterizos y dudosos *LK* (11.^a) (*Gribbohm*) § 1 núms. 85 ss.

mentos del tipo de injusto y de la culpabilidad, las causas personales de exclusión y supresión de la pena, las condiciones objetivas de punibilidad y todas las demás sanciones (incluyendo las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, BGH 18, 136 [140]); quedan excluidos, no obstante, los presupuestos procesales (como por ejemplo, la necesidad de interponer querrela)⁴⁴. También las disposiciones de la Parte General vinculan al juez en la medida en que comprenden una regulación cuyo contenido inmediato va referido al merecimiento de pena de una norma, de modo que no puede desviarse de aquéllas en perjuicio del acusado⁴⁵. Por el contrario, en la medida en que las teorías generales son Derecho consuetudinario (vid. *supra* § 12 IV 2), ellas tampoco pueden participar en la función garantista del art. 103 II GG; no obstante, sí poseen una vinculación normativa.

Ejemplos: un adolescente de trece años no puede ser tratado como un joven por analogía al § 105 JGG; la punibilidad de un delito de omisión impropia (§ 13) no puede ser extendida a casos en los que el deber de garante se fundamenta moralmente. Sin embargo, un derecho consuetudinario reconocido es la teoría de la actio libera in causa como extensión del § 20 (vid. *infra* § 40 VI 1).

d) Por el contrario, la analogía “*in bonam partem*” sí resulta admisible. Se toma en consideración, por ejemplo, en las causas de atenuación, supresión y exclusión de la pena, así como en los casos de renuncia a la misma.

Ejemplos: Aplicación de las disposiciones sobre el desistimiento (§§ 31, 83 a, 316 a II⁴⁶) a los delitos de omisión impropia (vid. *infra* § 51 V 3); aplicación de la posibilidad de renuncia a la pena (vgr., § 233⁴⁷) en la comisión del hecho bajo los efectos de una embriaguez plena (§ 323 a); aplicación del § 17, inciso segundo, como una causa supralegal de disminución de la culpabilidad (LG Hamburg NJW 1976, pág. 1756)⁴⁸.

3. En un sentido positivo la función garantista significa el establecimiento de importantes exigencias en la **determinación de la Ley penal** (*nullum crimen sine*

⁴⁴ Vid. LK (10.^a) (Tröndle) § 1 núm. 37, quien advierte que las disposiciones procesales de carácter excepcional (vgr., § 232 I, BGH 7, 256) no pueden ser aplicadas analógicamente; sobre ello H. Ch. Maier, Die Garantiefunktion págs. 49 ss. Recomienda precaución en la aplicación analógica del Derecho procesal Schönke/Schröder/Eser, § 1 núm. 34.

⁴⁵ En este sentido se pronuncia la tesis mayoritaria, vid. Schönke/Schröder/Eser, § 1 núm. 26; Baumann, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 112; Kratzsch, GA 1971, págs. 68 ss.; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 10 núm. 21. De otra opinión LK (10.^a) (Tröndle) § 1 núm. 38; Schmitt, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 231 ss.

⁴⁶ De acuerdo con la redacción vigente, el § 316 a II StGB ya no hace referencia a la figura del desistimiento (N del T).

⁴⁷ El § 233 StGB se encuentra actualmente derogado (N del T).

⁴⁸ Ejemplos adicionales pueden encontrarse en LK (11.^a) (Tröndle) § 1 núm. 39.

lege certa)⁴⁹. Los tipos penales deben poseer una redacción lo más exacta posible que evite la remisión a conceptos extensivos, amenazar con consecuencias jurídicas inequívocas y contener tan sólo marcos penales de envergadura limitada. La razón del mandato de determinación reside, de un lado, en que la reserva de Ley sólo puede desarrollar plenamente su eficacia cuando la voluntad jurídica de la representación popular ha encontrado en el texto una expresión tan clara, que queda excluida la posibilidad de una resolución subjetiva y arbitraria por parte del juez (BVerfGE 47, 109 [120]). Las resoluciones penales deben ser verificables de la mano de la Ley. También en este punto las demandas del Estado de Derecho en el ámbito punitivo resultan más rigurosas que en otros sectores (vid., por ejemplo, el amplio significado del § 242 BGB para el Derecho civil). Además, el mandato de determinación debe asegurar que cualquier persona pueda prever qué comportamiento está prohibido y amenazado con pena (BVerfGE 48, 48 [56]; 73, 206 [234 ss.]). Para la praxis es todavía más importante que la prohibición de la analogía: “El verdadero peligro que amenaza al principio nulla poena sine lege no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas”⁵⁰.

Ejemplos: Un alto grado de indeterminación, que desde luego puede reducirse por vía interpretativa, muestra todavía la cláusula de reprochabilidad del § 240 II (vid. *supra* § 15 I 3). Demasiado indeterminado es el concepto de “himno de la República Federal de Alemania” en el § 90 a I núm. 2 en relación con las tres estrofas de la canción alemana (BVerfGE 81, 298). En consentimiento en las lesiones corporales viene a ser limitado de forma indeterminada con el recurso a las buenas costumbres (§ 226a⁵¹). En relación con el concepto de una “cantidad que no sea pequeña” en el § 30 I núm. 4 BtMG BGH

⁴⁹ Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 117 ss.; *Dubs*, Schweiz. Juristentag 1974, págs. 223 ss.; *Lange*, Rechtsstaat pág. 72; *H. Mayer*, Materialien Tomo I pág. 273; *Wessels*, Allg. Teil núm. 47; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen págs. 172 ss.; *Geerds*, Engisch-Festschrift págs. 409 ss., 421 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 17; *LK* (11.^a) (*Gribbohm*) § 1 núms. 45 ss.; *Nowakowski*, ÖJZ 1965, pág. 283 exige, con razón, una “determinabilidad probatoria” de los elementos. Sobre la historia, vid. *Kohlmann*, Staatsgeheimnis págs. 178 ss. El significado del mandato de determinación es enfatizado por distintas resoluciones del BVerfGE 25, 269 (285); 26, 42; 37, 207; 57, 250 (262); 81, 298; mientras que, por el contrario, la BVerfGE 4, 352 (358) y la 14, 245 (253) plantean exigencias relativamente menores. En relación con el significado práctico, meramente delimitador, del mandato de determinación *Tiedemann*, Verfassungsrecht págs. 44 ss. Una exposición crítica de la jurisprudencia del BVerfG y del BGH se encuentra en *Krahl*, Bestimmtheitsgrundsatz págs. 338 ss. En relación con los EE.UU. vid. *J. Hall*, General Principles pág. 45; *LaFare/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 126 ss. (doctrina “void-for-vagueness”). Apreciaciones críticas sobre el Derecho suizo en *Trechsel*, StGB, § 1 núm. 20.

⁵⁰ *Welzel*, Lehrbuch pág. 23. Bajo este punto de vista expresa objeciones en contra de las enumeraciones ejemplificativas cerradas *Maiwald*, Gallas-Festschrift págs. 151 ss.

⁵¹ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 228 (N del T).

32, 162; 33, 8; sobre el concepto de “violencia” en el § 240 I BVerG en su resolución de 10.1.1995 (NJW 1995, pág. 1141). El desorden público (anterior § 360 núm. 11, ahora inexistente) fue objeto de una mejor concreción en el § 118 OWiG. Acerca del delito de omisión impropia (§ 13) vid. *infra* § 58 IV 4.

IV. Especial referencia a la prohibición de retroactividad

1. Deducida inequívocamente del texto del art. 103 II GG en conexión con los apartados I y V del § 2 StGB y referida tanto a la pena como a las consecuencias accesorias, la **prohibición de retroactividad** constituye la cuarta consecuencia del principio de legalidad (“*nullum crimen sine lege praevia*”). También en este aspecto el principio de Estado de Derecho va más lejos que en otros sectores del Derecho pues el art. 103 II GG se limita a las leyes penales. Por lo demás, no hay una prohibición general de retroactividad perjudicial para el reo⁵². La prohibición del efecto retroactivo de las leyes penales supone que una acción que en el momento de su comisión era impune, no puede ser declarada posteriormente punible; implica, asimismo, la exclusión de que pueda ser castigada posteriormente con una pena más grave caso de que ya fuera punible. La prohibición de retroactividad se extiende, además, a *otras* medidas posteriores que puedan empeorar la posición jurídica del autor (vid. *infra* § 15 IV 4). A diferencia de las otras tres consecuencias derivadas del principio de legalidad, el motivo de esta prohibición no reside en la legitimación democrática de las leyes penales, puesto que precisamente a través de aquélla se limita la libertad de decisión del legislador. Tampoco el principio de culpabilidad permite extraer su fundamento⁵³, puesto que el punto de conexión del reproche culpabilístico no es la Ley sino el contenido de injusto material del hecho que también puede existir cuando éste todavía no está amenazado con pena. Decisiva es, más bien, la idea de *seguridad jurídica*. En realidad, hoy la Ley penal no es entendida en el sentido de una “Carta Magna del delincuente” (*v. Liszt*) que debiera garantizar la impunidad al autor del mal si éste supiera cómo zafarse de las redes de la Ley, pero a la vista del juicio de desvalor especialmente oneroso y de las graves consecuencias jurídicas que están anudadas a la condena por un delito, se infringiría más fácilmente el mandato de Justicia si a un comportamiento ya desarrollado se le quisiera imponer posteriormente una pena. Además, con frecuencia las leyes *ad hoc* de carácter retroactivo se muestra-

⁵² Vid. *Maunz/Dürig*, art. 103 II núm. 238.

⁵³ Vinculan esta prohibición al principio de culpabilidad *Sax*, en: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, (Edrs.), Tomo III/2 pág. 999; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 12 núm. 2.

rían excesivamente duras en un enjuiciamiento posterior más distanciado en el tiempo⁵⁴. A ello se añade la idea de que el mandato de determinación sólo puede motivar al autor si ya está vigente en el momento de perpetración del hecho.

2. Como cuestión previa a la aplicación de la prohibición de retroactividad es necesario analizar la vigencia de las leyes y el momento de comisión del delito.

a) El *comienzo* y el *término* de vigencia de las leyes penales se determina conforme a las reglas generales. Para el primero rige el art. 82 II GG. Su pérdida de vigencia sucede a través de la creación de Derecho nuevo que o bien deroga expresamente al anterior o bien regula la misma materia que éste (“lex posterior derogat legi priori”). Además, también puede ocurrir por la oposición del Derecho consuetudinario (“desuetudo”), por prevenir la propia Ley el cese de su vigencia (por ejemplo, § 105 WiStG 1949) o, finalmente, por la pérdida de su objeto (vgr., las disposiciones relativas a las injurias al Rey tras el establecimiento de la república).

b) El **tiempo de comisión** del delito se determina según el momento de la acción, esto es, cuando se pone en marcha la voluntad y no cuando acaece el resultado (BGH 11, 119 [121]); en el caso de la omisión viene configurado por el momento en el que el autor tendría que haber actuado (§ 8). Esto rige también para la participación en un delito ajeno. En la inducción y la complicidad sólo es decisiva la acción del partícipe. En la autoría mediata depende del momento en el que se comienza a actuar sobre el instrumento. Y en la coautoría el hecho comienza con la primera contribución típica en el marco de una resolución delictiva conjunta.

Ejemplo: La injuria cometida por medio de una anotación en un expediente oficial está cometida en el instante en que se elabora el acta, no en el momento en el que el tercero tiene conocimiento de aquélla (RG 57, 193 [195 ss.]).

El delito *continuado* —un concepto que, en esencia, la BGH-GS 40, 138 ha abandonado (vid. *infra* § 66 V 22)— es jurídicamente *una* sola acción, de ahí que resulte decisivo tanto el momento de comisión del primero como el del último acto parcial (RG 56, 54 [56]). Si a través de una modificación legal un comportamiento pasa a ser punible por primera vez, sólo se toman en consideración como delito continuado los actos parciales cometidos *con posterioridad* a la reforma, pues anteriormente no existía “delito” alguno (RG 62, 1 [3]). En los *delitos per-*

⁵⁴ En este sentido, Grünwald, ZStW 76 (1964) pág. 17 con la acertada referencia a los tipos del robo dirigido a la extorsión (§ 239 a) y del ataque a los conductores de vehículos con la finalidad de robar (§ 316 a) que, con ocasión de sucesos concretos, fueron respectivamente introducidos en los años 1936 y 1938 aplicando retroactivamente la pena de muerte; igualmente, Roxin, Allg. Teil I § 5 núm. 51.

manentes (vid. *infra* § 66 II 3) depende de si la situación antijurídica creada por el autor alcanza al período de vigencia de la nueva Ley (§ 2 II). Tanto para una como para otra clase de infracciones el momento de comisión del hecho viene, pues, determinado por la totalidad del espacio temporal hasta la *consumación* del delito (sobre ello vid. *infra* § 49 III 3).

3. Al igual que con la analogía, la prohibición de retroactividad comprende todos los elementos referidos al **contenido de merecimiento de pena** del hecho, incluyendo las condiciones objetivas de punibilidad así como la **pena** y sus **consecuencias accesorias** (apartados I y V del § 2)⁵⁵. También una modificación “in malam partem” de la situación jurídica en el ámbito de la Parte General cae dentro de la prohibición de retroactividad. Sin embargo, según el § 2 VI quedan excluidas las **medidas de seguridad** en tanto que la Ley no determine otra cosa (vid. sobre la cuestión BT-Drucksache V/4095 pág. 4), puesto que de conformidad con la concepción del legislador lo que resulta adecuado a los fines tiene que operar inmediatamente, por lo que, por ejemplo, la introducción de la privación del permiso de conducir en el año 1952 pudo ser aplicada a delitos contra la

⁵⁵ Que el art. 103 II GG comprende también a las consecuencias jurídicas es en la actualidad opinión mayoritaria; vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 núms. 4 ss.; BGH 3, 259 (262). También el Código penal francés de 1994 contiene expresamente la prohibición de retroactividad para normas que agravan la pena en el art. 112-1, II, III. Pero la prohibición de retroactividad rige sólo para las modificaciones legales y no para la jurisprudencia dado que el juez no es legislador, sino que tiene que interpretar las leyes según el sentido que se les ha suministrado (BVerfGE 18, 224 [240]; BVerfG NJW 1990, pág. 3140; BGH 21, 157; BGH VRS 32, pág. 229; OLG Karlsruhe NJW 1967, pág. 2167; OLG Celle Nds. Rpfl. 1968, pág. 90; OLG Frankfurt NJW 1969, pág. 1634). En el mismo sentido del texto, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 21; *Dannecker*, Intertemporales Strafrecht pág. 390; *Jakobs*, Allg. Teil 4/81; *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen págs. 168 ss.; *LK* (11.^a) (*Tröndle*) § 2 núms. 16 ss.; *Roxin*, Allg. Teil § 5 núm. 59; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 110; *Wessels*, Allg. Teil núm. 51; *Tröndle*, Dreher-Festschrift pág. 136. De otra opinión *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 124; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 12 núm. 8; *Naucke*, NJW 1968, págs. 2311 ss.; *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung pág. 19 (en casos de revisión judicial o resoluciones jurisdiccionales constitucionales); *Straßburg*, ZStW 82 (1970) págs. 964 ss. (en sentencias a las que se les atribuye el significado práctico de una modificación legal); *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I pág. 87; *Groß*, Rückwirkungsverbot págs. 125 ss.; *el mismo*, GA 1971, págs. 18 ss.; *Neumann*, ZStW 103 (1991) págs. 331 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 núm. 9 (en caso de resoluciones que determinan un giro jurisprudencial); *Müller-Dietz*, Maurach-Festschrift pág. 47 (para la jurisprudencia constante de los órganos judiciales superiores); *Kohlmann*, Staatsgeheimnis págs. 289 ss. (introducción de la cláusula “a partir de ahora”); *Schreiber*, JZ 1973, pág. 717 (“en caso de desviación de una jurisprudencia coherente de los tribunales superiores”). En el supuesto en el que se rechaza la prohibición de retroactividad para la jurisprudencia, la confianza del ciudadano es todavía protegida por medio del error de prohibición (§ 17) (al respecto, *Arndt*, Probleme págs. 40 ss.).

seguridad del tráfico ya cometidos anteriormente (BGH 5, 168 [173 ss.]); igualmente, BGH 24, 103 [105] en torno a la vigilancia policial). No obstante, los arts. 303 y 305 EGStGB señalan algo distinto para la libertad vigilada (§ 68) y la inhabilitación profesional (§ 70)⁵⁶.

4. Según el Derecho vigente la prohibición de retroactividad no rige para las **disposiciones procesales** y por este motivo tampoco es aplicada a los presupuestos del proceso, de modo que, por ejemplo, la derogación de la exigencia de querella como requisito de perseguibilidad convierte retroactivamente al hecho en un delito público (RG 77, 106 [107]). A ello pueden oponerse objeciones pues en los delitos perseguibles a instancia de parte el legislador deposita en el ofendido la necesidad de pena; de ahí que, en cualquier caso, un hecho no debería poder ser declarado como delito público con carácter retroactivo cuando ya ha expirado el plazo para la interposición de la querella. Especialmente significativa es la cuestión de si resulta admisible la introducción, con carácter retroactivo, de un alargamiento del plazo de prescripción (§ 78) o de la imprescriptibilidad de un delito⁵⁷.

Acerca de la Ley sobre el cómputo de la prescripción penal de 13.4.1965 (BGBl. I pág. 315) vid. *infra* § 15 IV 5. En relación con la discusión relativa a la modificación retroactiva del § 67 en su redacción anterior (actual § 78 III) a través de la 9. StÄG de 4.8.1969 (BGBl. I pág. 1065) y la Convención de las Naciones Unidas sobre no aplicación de las disposiciones sobre prescripción a los crímenes de guerra y contra la

⁵⁶ El fundamento de ello es atribuido en parte al efecto penal similar de estas intromisiones (así, BT-Drucks. 7/550 pág. 458), y en parte a la ausencia de una finalidad primaria terapéutica de las referidas medidas de seguridad (en este sentido, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 97). No puede ser admitido que el § 2 IV en su anterior redacción, que con carácter general excluyó la prohibición de retroactividad para las medidas de seguridad, atentara contra el art. 103 II GG tal y como *Diefenbach*, Verfassungsrechtliche Problematik págs. 113 ss. sostenía; vid. BGH 24, 103 (106); *LK* (11.^a) (*Tröndle*) § 2 núm. 54; *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 núm. 42; *Dannecker*, Intertemporales Strafrecht pág. 309. A pesar de ello, es preferible el § 1 I österr. StGB que, con carácter general, extiende la prohibición de retroactividad a las medidas de seguridad (al respecto vid. *LeukauffSteininger*, § 1 núm. 28). Mostrándose crítico también *SK* (*Rudolphi*,) § 2 núm. 18; *Jung*, Wassermann-Festschrift págs. 884 ss.

⁵⁷ La jurisprudencia no aplica la prohibición de retroactividad a los plazos de prescripción, vid. BVerfGE 25, 295; RG 76, 159 (161); BGH 2, 300 (306); 4, 379 (384). Por el contrario, un acortamiento del plazo de prescripción repercute sobre el § 2 III (BGH 21, 367 [370]). Una exposición de las leyes que amplían la prescripción para hechos que todavía no han prescrito se encuentra en *LK* (11.^a) (*Gribbohm*) § 1 núm. 90. Favorable a una extensión análoga a obstáculos procesales *Schmitt*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 231; partidario de la aplicación de la prohibición de retroactividad a las disposiciones sobre prescripción sin consideración a su carácter procesal o jurídico-material *H.Ch. Maier*, Die Garantiefunktion pág. 65.

Humanidad de 26.11.1968 vid. la 2.^a Ed. de esta obra págs. 110 ss. El § 84 StGB/DDR concerniente a la exclusión de la prescripción para delitos contra la paz, la Humanidad, los Derechos Humanos y crímenes de guerra, ha mantenido su vigencia en la zona de la antigua RDA tras el Tratado de Unificación Alemana.

5. La prohibición de retroactividad es una norma de *protección* para el autor. Por ello, si en el momento en el que se enjuicia el delito rige una **Ley más favorable** que cuando éste fue cometido, debe aplicarse aquélla para beneficiar al delincuente del cambio en la concepción del legislador (§ 2 III)⁵⁸. El principio de retroactividad de la Ley más beneficiosa rige, ante todo, cuando la punibilidad del hecho es derogada posteriormente (¡absolución!)⁵⁹. La cuestión relativa a cuál de las dos leyes es la más favorable se resuelve según la Ley que en el caso concreto impone una sanción más leve (punto de vista *concreto*) (BGH 20, 22 [25]; 20, 74 [75]; BGH NStZ 1983, pág. 268).

Ejemplos: El § 361 núm. 6 c (prostitución prohibida) ha sido derogado por la 4. StÄG y ha sido transformado parte de él en una infracción administrativa (§ 120 OWiG) y otra parte en un severo precepto penal (§ 184 a) (en caso de infracción “perseverante”). El § 361 núm. 6 c vigente en su momento era aplicable, pues, cuando existía una transgresión persistente puesto que de lo contrario lo sería el § 120 OWiG (OLG Hamm MDR 1974, pág. 572). El § 266 b es, frente al § 263, la norma penal más favorable (BGH JZ 1987, pág. 208). La modificación de las causas que cualifican el robo agravado (§ 250) no significan atenuación alguna según la BGH 26, 167 [172 ss.], en la medida en que supone “una continuidad del tipo de injusto” (vid., también, BayObLG JZ 1976, pág. 249). Sin embargo, la eliminación del robo en la vía pública como elemento cualificador (§ 250 I núm. 3 en su redacción anterior) y la introducción del uso de un “arma

⁵⁸ Desde luego que en la actualidad ya no se exige una concepción jurídica “purificada” de la Ley más favorable tal y como anteriormente presuponían las RG 13, 249; 58, 44 (vid. BGH 6, 30 [33]; 20, 177 [181 ss.]). En desacuerdo con la fundamentación de la Ley más favorable *Tiedemann*, Peters-Festschrift págs. 194 ss. *Tiedemann* págs. 202 ss. llama con acierto la atención sobre el hecho de que la Ley más favorable sólo debe aplicarse retroactivamente cuando el nuevo tipo penal coincide, en cuanto al bien jurídico protegido y a la dirección del ataque, con el Derecho vigente en el momento de la comisión del hecho. A favor de la retroactividad de las leyes tributarias más beneficiosas *Kunert*, Neue Zeitschr. f. Steuerrecht 1982, págs. 276 ss.; *Tiedemann*, NJW 1986, pág. 2475; *Rüping*, NStZ 1984, págs. 450 ss. En contra, BGH 34, 272 (283) (vid. *infra* § 15 IV 6). En relación con el mandato de la Ley más beneficiosa como derivación del principio de Estado de Derecho *Dannecker*, Intemporales Strafrecht págs. 403 ss.

⁵⁹ Debe aceptarse pues la Ley favorable cuando una disposición penal es sustituida por otra que tan sólo impone una sanción pecuniaria (BGH 12, 148 [153]; OLG Karlsruhe MDR 1974, pág. 858). En las leyes penales en blanco la mejora en el tratamiento puede derivarse de la norma complementadora (BGH 20, 177 [181]; en contra, BGH 7, 294; vid., también, BayObLG JZ 1974, pág. 392). Sobre todo ello *Sommer*, Das “mildeste Gesetz” págs. 74 ss.

simulada" como cualificación autónoma (§ 250 I núm. 2⁶⁰), han cambiado esencialmente la situación jurídica (vid. al respecto, en un sentido diverso, BGH-GS 26, 167); por ello, el autor únicamente tendría que haber podido ser condenado en la BGH JZ 1975, 702 por el § 249, puesto que el § 250 I núm. 3 estaba derogado y el § 250 I núm. 2 todavía no estaba vigente⁶¹. En relación con los problemas que resultan de la nueva redacción del § 142, en parte más beneficioso y en parte más gravoso, en conexión con el § 2 III, vid. BayObLG JZ 1976, pág. 249.

También es aplicable la Ley más favorable, tal y como resulta inequívocamente del § 2 III, que hubiera estado vigente entre la comisión y el enjuiciamiento del delito (**Ley penal intermedia**)⁶². La desatención de la Ley penal intermedia más favorable o de una descriminalización producida durante ese lapso de tiempo, infringiría el mandato de aplicación de la Ley más beneficiosa bajo la cual puede ser subsumido el comportamiento del autor (BGH NStZ 1992, pág. 535; de otra opinión, BVerfG NJW 1990, pág. 1103).

Ejemplo: La Ley sobre el cómputo de los plazos de prescripción penales de 13.4.1965 (BGBl. I pág. 315) era incompatible con el art. 103 II GG, puesto que la disposición que había suspendido la prescripción de los delitos castigados con presidio perpetuo hasta el 31.12.1949 modificó en perjuicio del reo el § 5 I de la Ley penal intermedia de 30.5.1956 (BGBl. I pág. 437), según el cual, los plazos prescriptivos debían expirar en el momento en el que lo hubieran hecho sin tener en cuenta las medidas impositivas introducidas por las fuerzas de ocupación⁶³. No obstante, la BVerfGE 25, 269 (286 ss.) no ha cuestionado la Ley sobre el cómputo de la prescripción con el argumento de que el art. 103 II GG es inaplicable a la prescripción como institución del Derecho procesal.

6. Una excepción en la aplicación retroactiva de la Ley penal más favorable viene suministrada para el caso en el que la norma previa es una **Ley temporal**. Esta última resulta también aplicable a los delitos cometidos bajo su vigencia aunque ya no se encuentre en vigor (§ 2 IV); la razón de ello reside en que la abrogación de la Ley temporal sólo está motivada por la extinción de la causa que la originó pero no por un cambio en la concepción jurídica del legislador. De lo contrario, además, tan pronto como la vigencia de la Ley temporal fuera aproximándose a su fin dejaría de poseer autoridad alguna. Las leyes temporales son aquellas cuya vigencia está ajustada a un calendario o limitada en el tiempo de cualquier otra forma, bien con el propósito de querer servir como regulación

⁶⁰ En la actualidad, esta referencia debe entenderse realizada al § 250 I 1 b) StGB (N del T).

⁶¹ En el mismo sentido, Tiedemann, JZ 1975, págs. 692 ss.; Mohrbutter, ZStW 88 (1976) págs. 945 ss.; Roxin, Allg. Teil I § 5 núm. 62; Dannecker, Intertemporales Strafrecht págs. 502 ss.

⁶² Vid. Schönke/Schröder/Eser, § 2 núm. 29; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 12 núm. 17.

⁶³ Igualmente, Grünwald, MDR 1965, págs. 522 ss. Vid., también, Willms, JZ 1969, pág. 60.

transitoria para circunstancias especiales de carácter temporal, o bien porque de lo contrario decae la necesidad de pena por razones de índole material (BGH 18, 12 [14]; OLG Karlsruhe NJW 1968, pág. 1581)⁶⁴. La EGStGB ha vuelto a renunciar a la limitación prevista por la 2. StrRG, según la cual sólo serían admisibles las leyes temporales formales (esto es, las ajustadas a un plazo concreto de calendario) (vid. BT-Drucksache VII/550 pág. 206)⁶⁵.

Ejemplos: La VO de 27.8.1939 (RGrBl. I pág. 1498) fue una Ley temporal porque únicamente quiso regular provisionalmente la transición de una economía en tiempos de paz al período de guerra (RG 74, 301). Las disposiciones sobre precios inflacionistas para tiempos de necesidad son leyes temporales (BGH NJW 1952, pág. 72), pero no las limitaciones de velocidad pues estas últimas no pierden por sí mismas su objeto (BGH 6, 30 [39]). Las disposiciones tributarias relativas a las donaciones a los partidos políticos dictadas para determinados períodos temporales, mantienen su aplicación aún cuando aquéllas puedan ser deducibles fiscalmente con posterioridad en una cuantía considerable (BGH 34, 272 [282 ss.]). Una Ley temporal puede convertirse en otra permanente “cuando las circunstancias especiales se mantienen durante largo tiempo”⁶⁶.

7. De conformidad con el § 2 V la **pérdida del beneficio** (§§ 73 ss.), el **comiso** (§§ 74 ss.) y la **inutilización de efectos e instrumentos del delito** (§ 74 d), están sujetos a la prohibición de retroactividad en consideración a su carácter parcialmente punitivo.

8. El § 2 también tiene significado jurídico-penal para el **tratamiento de los hechos cometidos en la RDA**.

a) En relación con los hechos cometidos en la zona de la RDA con anterioridad a la eficacia de la integración, esto es, previos a la fecha de 3.10.1990 (art. 1 I EV), resulta aplicable el § 2 con algunas modificaciones según lo previsto en el art. 315 EGStGB. Básicamente, el Derecho penal de la República Federal es decisivo; el Derecho penal de la RDA sólo será pues aplicable cuando aquél contenga alguna agravación no contenida en éste (BGH 39, 317 [319])⁶⁷. La modificación más importante se deriva del art. 315 IV EGStGB. De conformidad con este precepto el Derecho penal de la República Federal resulta aplicable sin la limitación contenida en el § 2, si aquél ya regía para el mismo por el lugar de la comisión del hecho (§ 9) o de acuerdo con el Derecho penal internacio-

⁶⁴ Sobre ello *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 80.

⁶⁵ Mostrándose crítico por la indeterminación en la descripción del momento en el que pierden su vigencia, *Tiedemann*, Peters-Festschrift págs. 198 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 4/65; *AK (Hassemer)* § 2 núms. 48, 53; *Rüping*, NStZ 1984, pág. 451.

⁶⁶ *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 99 nota a pie núm. 15. Ejemplos adicionales de leyes temporales pueden verse en *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 núm. 37.

⁶⁷ *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht pág. 238.

nal –así, según el principio real o de protección (§ 5 núms. 1,2,3b,4,5b,6), el principio de justicia mundial (§ 6) o el principio pasivo de personalidad (§ 7 I) (BGH 37, 305; 39, 260; con otra postura BVerfG NJW 1995, pág. 1811 [1813])^{68 69}. Por el contrario la Administración de Justicia penal supletoria (§ 7 II) no puede apreciarse aquí, puesto que para los hechos acaecidos en la RDA la regulación del art. 315 y su remisión al § 2 es considerada como *lex specialis*⁷⁰. Asimismo, en los delitos de bagatela, para los que no existe en el Derecho de la República Federal sanción alguna, se prescinde de la pena (art. 315 I, inciso primero, EGStGB). Además, tampoco pueden ser decretadas ni la custodia de seguridad (§ 66) ni la libertad vigilada (§ 68 I) (art. 315 I, inciso segundo, EGStGB). La pena de multa es aplicada de acuerdo con los §§ 40-42 StGB aunque con una restricción referida a su límite máximo (art. 315 II EGStGB). Para la prescripción de los hechos cometidos en la RDA que, según su Derecho, no hayan sido sancionados ante la ausencia de su persecución por motivos políticos o cualesquiera otros incompatibles con los principios de un Ordenamiento libre sometido al Estado de Derecho, la Ley de prescripción de 26.3.1993 (BGBl. I pág. 392) dispone que el período temporal comprendido entre 11 de octubre de 1949 hasta 2 de octubre de 1990 permanece fuera de su cálculo. Durante el mismo la prescripción queda, pues, suspendida. La segunda Ley de prescripción de 27.9.1993 (BGBl. I pág. 1657) dispone también que la prescripción de los delitos que han sido cometidos en la zona de la antigua RDA con anterioridad al 31.12.1992 finaliza, lo más pronto, con la expiración de las fechas de 31.12.1995 y de 31.12.1997. Un delito cometido en el momento de la integración que según el Derecho de la RDA no haya prescrito todavía, puede ser perseguido aún, incluso aunque de conformidad con el Derecho de la República Federal ya hubiera prescrito con anterioridad a la integración de la RDA (BGH 40, 48 [57] con comentario discrepante de *Jakobs*, NStZ 1994, pág. 330) (vid., con más detalle, *infra* § 86 I 6).

b) Según la regla contenida en el § 2 resulta aplicable la Ley más beneficiosa que debe ser averiguada desde un punto de vista concreto, entre el Derecho penal de la RDA vigente en el momento de comisión del hecho (con las atenuaciones que probablemente tuvieran lugar) y el Derecho penal de la República Federal que también lo estuviera en ese instante (BGH 37, 329; 38, 18). Los delitos contra el Estado y el Orden cons-

⁶⁸ Sobre esta cuestión *Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht pág. 238; *Lüderssen*, StV 1991, pág. 483. De otra opinión *Samson*, NJW 1991, pág. 340.

⁶⁹ En contra de la BGH 37, 305 (315), donde fue considerada constitucional la aplicación del § 99 en conexión con el § 5 núm. 4 a agentes que sólo habían actuado en la zona de la RDA, la BVerfG NJW 1995, 1811 (1813) ha deducido un obstáculo procesal del principio constitucional de proporcionalidad (vid. *infra* § 18 III 3 *in fine*). En el mismo sentido del BGH, *LK* (11.^a) (*Gribbhorn*) § 2 núms. 60 a, 70; *LK* (11.^a) (*Laufhütte*) nota preliminar núms. 39 ss. antes del § 80; *Dreher/Tröndle*, § 99 núm. 1 a; *Lackner*, § 2 núm. 23. Vid., además, *Maunz/Dürig*, art. 103 II núm. 256. En relación con el problema de una amnistía *Simma/Volk*, NJW 1991, pág. 871.

⁷⁰ Así, *Grünwald*, StV 1991, pág. 35; *Lackner*, § 2 núm. 12.

titucional de la RDA quedan impunes puesto que estos bienes jurídicos no pueden ser abarcados por el Derecho penal de la República Federal, de modo que este Derecho se separa como escala comparativa en la averiguación de la Ley más favorable. Los hechos punibles contra bienes jurídicos de la colectividad están también protegidos por las respectivas disposiciones penales del Derecho de la República Federal, de modo que según el § 2 III aquí tiene que tener lugar la comparación (en relación al falseamiento electoral de las elecciones comunales celebradas en Dresden el 7.5.1989 vid. BGH 39, 54)⁷¹. En relación con el problema especial del castigo a los guardianes del muro (vid. *supra* § 2 I 2 nota a pie núm. 5).

§ 16 El principio "in dubio pro reo" y la determinación alternativa del hecho

Bringewat, Fortsetzungstat und "in dubio pro reo", JuS 1970, pág. 329; *Deubner*, Die Grenzen der Wahlfeststellung, JuS 1962, pág. 21; *Dreher*, Im Irrgarten der Wahlfeststellung, MDR 1970, pág. 369; *Endruweit*, Die Wahlfeststellung usw., 1973; *Frisch*, Zum Wesen des Grundsatzes "in dubio pro reo", Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 275; *Grünhut*, Alternative Tatsachenfeststellung im Strafprozeß, MSchrKrim 1934, pág. 327; *Günther*, Wahlfeststellung zwischen Betrug und Unterschlagung? JZ 1976, 665; *el mismo*, Verurteilungen Im Strafprozeß trotz subsumtionsrelevanter Tatsachenzweifel, 1976; *Hahn*, Die gesamten Materialien zur StPO, 1. Abt., 2.^a Ed. 1885; *Hardwig*, Studien zum Vollrauschtatbestand, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 459; *Heinitz*, Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung im Strafprozeß, JZ 1952, p. L00; *el mismo*, Zum Verhältnis der Wahlfeststellung zum Satz "in dubio pro reo", JR 1957, pág. 126; *Eike v. Hippel*, Zum Problem der Wahlfeststellung, NJW 1963, pág. 1533; *Holtappels*, Die Entwicklungsgeschichte des Grundsatzes "in dubio pro reo", 1965; *Hruschka*, Zum Problem der Wahlfeststellungen, MDR 1967, pág. 265; *el mismo*, Zur Logik und Dogmatik von Verurteilungen aufgrund mehrdeutiger Beweisergebnisse, JZ 1970, pág. 637; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 25, 182, NJW 1973, pág. 1804; *el mismo*, Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe, JR 1983, pág. 177; *Jakobs*, Probleme der Wahlfeststellung, GA 1971, pág. 257; *Küper*, Probleme der Postpendenzfeststellung im Strafverfahren, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 65; *el mismo*, Probleme der Hehlerei bei ungewisser Vortatbeteiligung, 1989; *Mannheim*, Zur wahldeutigen Tatsachenfeststellung, ZStW 44 (1924) pág. 440; *Montenbruck*, Wahlfeststellung und Werttypus, 1976; *el mismo*, In dubio pro reo, 1985; *Mylonopoulos*, Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo, ZStW 99 (1987) pág. 685; *Nowakowski*, Verkappte Wahlfeststellungen, JBl 1958, pág. 380; *Nüse*, Das Problem

⁷¹ Sobre ello *Lackner*, § 2 núm. 13; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 50 antes del § 3.

der Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeß, *Strafr. Abh.* Heft 324, 1933; *el mismo*, Die Zulässigkeit von wahlweisen Feststellungen, *GA* 1953, pág. 33; *Otto*, "In dubio pro reo" und Wahlfeststellung, *Festschrift für K. Peters*, 1974, pág. 373; *Peters*, *Strafprozeß*, 4.^a Ed. 1985; *Röhmel*, Die Wahlfeststellung, *JA* 1975, pág. 95; *Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, 23.^a Ed. 1993; *Sax*, Wahlfeststellung bei Wahldeutigkeit mehrerer Tatsachen, *JZ* 1965, pág. 745; *el mismo*, Zur Anwendung des Satzes "in dubio pro reo", *Festschrift für U. Stock*, 1966, pág. 143; *Schaffstein*, Die neuen Voraussetzungen der Wahlfeststellung im Strafverfahren, *NJW* 1952, pág. 725; *Eb. Schmidt*, *Lehrkommentar zur StPO*, Tomo suplementario, Parte II, 1967; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 18, 274, *JZ* 1963, pág. 606; *Schmoller*, Alternative Tatsachenaufklärung im Strafrecht, 1986; *Schönke*, Wahlfeststellungen im Strafprozeß, *DRZ* 1947, pág. 48; *Schröder*, Anmerkung zu BGH 22, 154, *JZ* 1968, pág. 572; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 23, 360, *JZ* 1971, pág. 141; *C. Schröder*, Wahlfeststellung und Anklageprinzip, *NJW* 1985, pág. 780; *Stree*, In dubio pro reo, 1962; *derselbe*, Anmerkung zu BGH 25, 285, *JZ* 1974, pág. 240; *v. Tappelskirch*, Über alternative Fragen und tatsächliche Feststellungen im Strafverfahren, *GA* 15 (1867) págs. 449, 505; *Tröndle*, Zur Begründung der Wahlfeststellung, *JR* 1974, pág. 133; *Volk*, In dubio pro reo und Alibiweis, *JuS* 1975, pág. 25; *Waiblinger*, Der rechtliche Charakter und die Bedeutung der Schulderklärung im Strafprozeß, *Festschrift für H. F. Pfenninger*, 1956, pág. 157; *Weber*, Zur Frage der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen im Strafrecht, *Diss. Freiburg* 1950; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972; *el mismo*, Verurteilung aus nichttatbestandsmäßiger Nachtat? *GA* 1974, pág. 161; *el mismo*, Grundfälle zu "in dubio pro reo" und Wahlfeststellung, *JuS* 1983, págs. 363, 602, 769; 1984, 37, 530, 606; *el mismo*, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987; *Zeiler*, Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung, *ZStW* 40 (1919) pág. 168; 42 (1921) pág. 665; 43 (1922) pág. 596; 64 (1952) pág. 156; 72 (1960) pág. 4.

I. Esencia y naturaleza jurídica del principio "in dubio pro reo" y su relación con la determinación alternativa del hecho

1. El principio "in dubio pro reo" y la determinación alternativa del hecho sirven para la **superación de las dudas en la aplicación del Derecho** que se derivan tras la conclusión de la valoración probatoria, allí donde no pueden ser comprobados hechos que resultan de considerable trascendencia para la completa convicción del Tribunal¹. Toda condena a una pena presupone la existencia de

¹ Por el contrario, la *cuestión jurídica* debe ser resuelta de forma inequívoca también en caso de duda acerca de la interpretación de la Ley ("iura novit curia"); vid. *Grünhut*, *MSchrKrim* 1934, pág. 333; BGH 14, 68 (73). Sobre el requisito de la imposibilidad de comprobaciones inequívocas BGH 12, 386 (388); 21, 152; BGH *NJW* 1974, 804 (805).

una certeza sobre la concurrencia de todos los presupuestos materiales (positivos y negativos) relativos al pronunciamiento sobre la culpabilidad y la pena, dado que el § 267 I StPO exige la comprobación de una acción *determinada* a la que resultan aplicables los elementos de un precepto penal *determinado*. Si, tras el agotamiento de todos los medios de prueba admisibles y disponibles a los que hay que recurrir de acuerdo con el deber de pronunciamiento (§ 244 II StPO), la relación de hechos no clarifica la convicción del Tribunal, el proceso penal no puede quedar en suspenso sino que por motivos de seguridad jurídica debe ser concluido dentro de un plazo adecuado (vid. art. 6 I 1 MRK). De ello se deriva la necesidad de que, a la vista de los hechos de trascendencia decisiva, también en el caso de un “non liquet” se alcance una resolución sobre el fondo de la cuestión. Y es que aquellas circunstancias que no han sido completamente probadas no pueden perjudicar al acusado, así que en caso de duda acerca de la existencia de un hecho trascendental ésta debe ser tomada como base para la posibilidad de adoptar de una decisión favorable al acusado (**in dubio pro reo**)². Este principio está reconocido a través del Derecho consuetudinario³.

Ejemplos: No quedando claro en un proceso si el acusado, que quiso llevar a cabo violentamente acciones de naturaleza sexual (§§ 178, 22)⁴, tenía la intención de ir más allá y forzar a la víctima al mantenimiento del coito (§§ 177, 22)⁵, sólo puede ser castigado por una agresión sexual en grado de tentativa (BGH 11, 100 [102]).

Sin embargo, existen supuestos en los que a la convicción del juez le consta que el acusado, caso de no haber cometido el delito que se le reprocha y en virtud de ello poder ser absuelto por el principio “in dubio pro reo”, debió haber cometido necesariamente otro hecho cuya comprobación, no obstante, únicamente puede ser realizada alternativamente. La cuestión es, por tanto, si puede ser condenado sobre la base de esos otros hechos.

Ejemplo: El acusado había encontrado una joya que le había sido robada a su propietario. Habiendo sido acusado por un delito de hurto alegó que compró aquella a un desconocido; sin embargo, de las circunstancias de la compra se derivaba la realización del tipo de receptación, no siendo posible proceder a una aclaración adicional del relato

² Kleinknecht/Meyer-Götsner, § 261 StPO núm. 26.

³ Una visión detallada acerca de la jurisprudencia reciente la suministra Wolter, Wahlfeststellung, 1987.

⁴ La referencia al § 178 debe entenderse realizada en la actualidad al § 177 StGB, puesto que actualmente el primero de ellos regula la agresión sexual y la violación con resultado de muerte (N del T).

⁵ La referencia al § 177 también debe entenderse realizada en la actualidad al § 177 StGB; vid. la nota anterior (N del T).

de los hechos. Por ello, el acusado o ha cometido un hurto (§ 242) o una receptación (§ 259) (RG 68, 257 [258]).

De haber sido aplicado en este caso el principio "in dubio pro reo" el acusado no podría haber sido condenado ni por hurto ni por receptación, sino que habría quedado absuelto al no poder evidenciarse inequívocamente ninguna de las dos posibilidades. Sin embargo, una apreciación separada de esta naturaleza no sería satisfactoria pues, en cualquier caso, ha resultado acreditado que el acusado debió haber cometido *uno* de los dos delitos. Por ello, para evitar absoluciones injustificadas en supuestos de estas características, es admitida —bajo ciertos presupuestos— la condena basada en los hechos alternativos de acuerdo con la norma que sea más favorable (**determinación alternativa del hecho**). Por tanto, esta última es una *excepción* necesaria al principio "in dubio pro reo" anclada en motivos político-criminales que en verdad rige para aquellos casos en los que las distintas posibilidades están situadas en una relación de alternatividad y no en una relación gradual del más o menos (BGH 22, 154 [156] con comentario coincidente de Schröder, JZ 1968, pág. 572; 25, 182 [183] con comentario de Hruschka, NJW 1973, pág. 1804; 32, 48 [56 ss.])⁶. Un caso especial de la determinación alternativa viene constituido por la "*pura alternatividad de los hechos*": en verdad, aquí queda claro cuál es la norma penal aplicable pero no la acción a través de la cual el autor ha infringido aquélla (vid. *infra* § 16 III 2 c).

Ejemplos: Existen dos declaraciones contradictorias de un testigo en dos instancias distintas por lo que una debe ser falsa aunque no se sepa cuál de ellas lo es (BGH 2, 351). En caso de contagio del virus del sida por otra persona cuando no puede ser comprobado cuál de los dos contactos sexuales ha conducido a su transmisión (BGH 36, 262 [269]). Muchos móviles abyectos del homicidio doloso se consideran de modo alternativo (BGHR StGB antes del § 1/Wahlfeststellung, Tatsachenalternativität 3).

2. Tanto el principio "in dubio pro reo" como también el problema de la determinación alternativa del hecho pertenecen en un primer plano al **Derecho procesal**⁷, puesto que se trata de decidir qué grado de evidencia de los hechos debe darse en el proceso para poder imponer una condena. Sin embargo, el problema

⁶ Vid. Dreher/Tröndle, § 1 núms. 13, 14; Lackner, § 1 núm. 11; LK (11.^a) (Gribbohm) § 1 núm. 137; Heinitz, JR 1957, pág. 126; Schönke/Schröder/Eser, § 1 n. 58; Wolter, Alternative und eindeutige Verurteilung págs. 24 ss.; SK (Rudolphi) apéndice al § 55 núm. 15.

⁷ Sobre el principio in dubio pro reo: Stree, In dubio pro reo, págs. 7 ss.; Roxin, Strafrechtslehre págs. 84 ss.; acerca de la determinación alternativa: Peters, Strafprozeß págs. 291 ss. Heinitz, JZ 1952, pág. 100. También la Gran Comisión de Derecho penal quiso reservar el tema de la determinación alternativa como una cuestión procesal de la StPO; vid. Niederschriften Tomo V pág. 285 nota a pie núm. 5. Defendiendo, por el contrario, el carácter material del principio in

tiene también un **aspecto material**: si la determinación alternativa entre diversos tipos penales se admite como excepción al principio "in dubio pro reo" esto es algo que se determina por la relación jurídico-material existente entre aquéllos. Además, "in dubio pro reo" y determinación alternativa son consideradas como el reverso de la función de garantía material de la Ley penal: mientras que el principio de legalidad protege a toda persona de ser castigada por una conducta cuya punibilidad y sanción no estaba determinada legalmente, el principio "in dubio pro reo" suministra su complemento necesario a través de la proposición "no hay pena sin *prueba* del hecho y de la culpabilidad"⁸. La determinación alternativa del hecho vuelve a modificar esta proposición en la medida en que en determinados casos permite la condena en base a la comprobación de hechos alternativos.

II. El principio "in dubio pro reo" según el Derecho vigente

1. Derivándose de la práctica de la prueba en una causa penal la eventualidad de valorar distintas posibilidades que se encuentran entre sí en una **relación gradual de más o menos**, entonces entra en juego el **principio "in dubio pro reo"** cuando en relación con el acusado ha quedado probada una posibilidad más beneficiosa que otra que resulta ser incierta (BVerG MDR 1975, pág. 468)⁹. Este principio no sólo contiene el equivalente procesal a la reserva de Ley jurídico-material, sino que también hace realidad la presunción de inocencia (art. 6 II MRK) que excluye que el autor pueda ser castigado por el delito más grave en tanto que todavía existan dudas sobre su culpabilidad¹⁰. El ámbito de aplicación del principio "in dubio pro reo" se extiende a la totalidad de los presupuestos del pronunciamiento acerca de la culpabilidad y la pena¹¹ y, por tanto, también a las causas de supresión de la pena como por ejemplo el § 24 (§ 46 en su redacción anterior) (BGH 10, 129 [131]), a la compensación del § 199 (BGH 10, 373

dubio pro reo *Kleinknecht/Meyer-Götsner*, § 261 StPO núm. 26, y para la determinación alternativa *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 417 y *Nüse*, GA 1953, pág. 41.

⁸ Así, *Stree*, In dubio pro reo pág. 18; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 137.

⁹ Igualmente, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 164 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 10 núm. 32; *LK* (11.ª) (*Gribbohm*) § 1 núm. 117; *Blei*, Allg. Teil págs. 36 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núms. 94 ss.; *Schmoller*, Alternative Tatsachenaufklärung págs. 157 ss.

¹⁰ Sobre su historia *Holtappels*, In dubio pro reo págs. 52 ss.; *Sax*, Stock-Festschrift págs. 146 ss. Sobre la esencia del principio in dubio pro reo como regla de aplicación jurídica *Frisch*, Henkel-Festschrift págs. 281 ss.; *Montenbruck*, In dubio pro reo págs. 33 ss.

¹¹ En relación con el tratamiento de las medidas de seguridad vid. *Stree*, In dubio pro reo págs. 92 ss. Donde hay que adoptar decisiones basadas en pronósticos no puede operar el principio in dubio pro reo, dado que entonces se trata de elaborar juicios de probabilidad.

[374]) y a las causas de exclusión de la pena (BayObLG NJW 1961, pág. 1222 sobre el § 247 II en su redacción anterior). En la actualidad, la opinión mayoritaria y la jurisprudencia extienden el principio "in dubio pro reo" incluso a los presupuestos procesales¹² (BGH 18, 274 para el caso en que no queda clara la prescripción; BGH NStZ 1984, pág. 920 en un supuesto de duda sobre la capacidad de negociación del acusado; BayObLG NJW 1968, pág. 2118 en un caso de duda sobre la utilización de la acusación penal).

2. Anteriormente, la jurisprudencia limitó el principio "in dubio pro reo" a relaciones graduadas lógicamente en las que la situación beneficiosa para el autor está contenida conceptualmente en la más perjudicial, como sucede, por ejemplo, en la relación entre tipo básico y cualificado. Sin embargo, esta limitación innecesaria sólo conduce a *soluciones evasivas* que son evitadas cuando la proposición "in dubio pro reo" es extendida a graduaciones valorativas¹³. De acuerdo con ello el principio se reconoce también para la relación entre dolo e imprudencia (en contra, BGH 4, 340 [343]) que opta por la determinación alternativa; BGH 17, 210 que lo hace por la aplicación del § 230 como "tipo de recogida"¹⁴; con acierto, en la actualidad, BGH 32, 48 [57]). Lo mismo rige para la relación entre autoría e inducción (en contra, BGH 1, 127 [128], así como la OLG Düsseldorf NJW 1976, pág. 579 que prefiere la determinación alternativa), para la relación entre autoría y complicidad (BGH 23, 203 [207]) y entre inducción y complicidad psíquica (BGH 31, 136 [138])¹⁵; ambas sentencias escogen la aplicación del principio "in dubio pro reo". También el homicidio y su tentativa así como el asesinato y la suya se encuentran uno con otro bajo la relación de más o menos (BGH StV 1989, pág. 48). Los casos en los que la punibilidad de un delito conexo más leve, por ejemplo la apropiación indebida, depende de si el autor ha cometido con anterioridad un hecho previo más grave que, sin embargo, no ha

¹² En este sentido, *Peters*, Strafprozeß pág. 289; *Eb. Schmidt*, JZ 1963 págs. 606 ss.; *Stree*, In dubio pro reo pág. 53 con una exposición en profundidad; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 165; *Roxin*, Strafverfahrensrecht págs. 86 ss. Una visión sobre el conjunto de grupos de casos incluida la determinación alternativa lo proporciona *Wolter*, JuS 1984, pág. 38.

¹³ *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 170 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 1 núms. 13 ss. con jurisprudencia en núm. 14; *Dreher*, MDR 1970, pág. 370; *Hruschka*, JZ 1970, pág. 642; *Nowakowski*, JBl 1958, pág. 380; *LK* (11.^a) (*Gribbohm*) § 1 núm. 117 con jurisprudencia en núm. 118; *Otto*, *Peters-Festschrift* pág. 377; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 451 nota a pie núm. 85; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núms. 91 ss.; *SK (Rudolphi)* apéndice al § 55 núms. 55 ss.

¹⁴ Como en el texto principal, aunque con una fundamentación autónoma *Mylonopoulos*, ZStW 99 (1987) págs. 709 ss.

¹⁵ En contra, *Hruschka*, JR 1983, págs. 177 ss.

sido probado, vgr. un robo¹⁶, deben resolverse en todo caso según el principio "in dubio pro reo" mediante la aplicación de la disposición más favorable (todavía, en un sentido diverso, BGH 25, 182 [185] donde tras la transformación de un robo en un hurto se llevó a cabo una determinación alternativa con la apropiación indebida; en la actualidad, sin embargo, BGH 35, 86 [88 ss.]; BGH NJW 1989, pág. 1867)¹⁷. Por el contrario, la prueba de la coartada se somete a las reglas generales sobre la valoración de la prueba y no aisladamente al principio "in dubio pro reo" (BGH 25, 285, 287 con comentario aclaratorio de *Stree*, JZ 1974, págs. 299 ss. y *Volk*, JuS 1975, págs. 27 ss.)

III. Desarrollo, alcance actual y valoración de la determinación alternativa del hecho

1. El problema de la determinación alternativa surgió por primera vez a mediados del siglo XIX cuando en Alemania, siguiendo el ejemplo francés, fueron introducidos los tribunales del jurado. El Tribunal de Casación francés había adoptado una posición muy restrictiva en relación al decisivo punto de si las preguntas dirigidas a los jurados podían ser planteadas de modo alternativo o si debían ser formuladas inequívocamente¹⁸. El Tribunal Supremo prusiano también se adhirió a la tesis mencionada¹⁹. Conscientemente la StPO de 1877 dejó abierto el problema de la determinación alternativa²⁰. Originariamente el RG limitó su admisibilidad a las acciones ejecutivas valorativamente equivalentes dentro de una misma clase de delito (RG 11, 103; 22, 216; 23, 48; una recopilación de la jurisprudencia se encuentra en JW 1934, pág. 296). Con posterioridad se destacó por una tendencia más extensiva (RG 55, 44; 55, 228: determinación alternativa entre hurto con escalamiento o fractura y hurto con llaves falsas). Por el contrario, la determinación alternativa ya fue rechazada en el caso de mayor importancia práctica, a saber, entre el

¹⁶ *Hruschka*, JZ 1970 pág. 641 y NJW 1971, pág. 1392 habla aquí de "casos de postdependencia", una expresión que ha acabado por imponerse. Vid., asimismo, *SK (Rudolphi)* apéndice al § 55 núms. 24 ss.; *Küper*, LangeFestschrift págs. 93 ss.; *Günther*, JZ 1976, págs. 668 ss.; *LK* (11.^a) (*Gribbohm*) § 1 núms. 121 ss.

¹⁷ Coincidente, *LK* (11.^a) (*Gribbohm*) § 1 núm. 123; *Wolter*, Wahlfeststellung pág. 42; *SK (Rudolphi)* apéndice al § 55 núm. 25; *Küper*, Probleme der Hehlerei bei ungewisser Vortatbeteiligung, 1989. Vid., además, *Wolter*, GA 1974, págs. 161 ss. en relación con los casos BGH DRiZ 1972, pág. 30; OLG Hamm JMinBl. Nordrhein-Westfalen 1955, pág. 236; BGH 23, 360 y OLG Hamm JMinBl. Nordrhein-Westfalen 1967, pág. 138.

¹⁸ Vid., con más detalle, *Weber*, Wahlfeststellungen págs. 4 ss. también con referencias a la literatura francesa.

¹⁹ La jurisprudencia aparece anotada en *u. Tippelskirch*, GA 15 (1867) págs. 454 y 505 ss.

²⁰ Según *Hahn*, Materialien pág. 233 los motivos de ello se encuentran en el, todavía entonces, indeciso estado de la discusión en la Ciencia.

hurto y la receptación (RG 53, 231; 56, 61). Con anterioridad una sentencia del pleno de la Sala de lo Penal del año 1934, que al mismo tiempo fue la última en la historia del propio RG, admitió la alternatividad en la comprobación de los hechos puesto que “el sentimiento jurídico asigna al hecho del receptor la misma desaprobación moral que al del ladrón” (RG 68, 257 [262]). La exigencia político-criminal y la experiencia de que los tribunales de instancia no absuelven en casos que admiten diversas interpretaciones, sino que buscan alcanzar una comprobación inequívoca más o menos forzada, dieron el impulso definitivo²¹. De esta forma quedaba completamente abierto el camino hacia la aceptación de la determinación alternativa. La Ley de 28.6.1935 (RGBl. I pág. 839) la introdujo sin limitación alguna (§ 2b) a lo que ya se había anticipado en cuanto al resultado la RG 69, 369. Con ello se posibilitaron alternativas más alejadas tales como las existentes entre el aborto intentado y la estafa consumada (RG 69, 369; 71, 44), la embriaguez plena y el hecho cometido en estado de embriaguez (RG 70, 42), complicidad en el asesinato y omisión del deber de denunciar delitos (RG 73, 57). Tras la supresión del § 2b a través de la KRG núm. 11 en el año 1946 la jurisprudencia retornó nuevamente a la posición intermedia del RG del año 1934 (OLG Celle y Friburgo DRZ 1947, págs. 64 y 65; OGH 2, 89; BGH 1, 127 [128]; en jurisprudencia constante), aunque con el tiempo los casos en los que se admite la determinación alternativa se van ampliando cada vez más²².

2. La jurisprudencia y la doctrina dominante admiten hoy la **determinación alternativa del hecho** sobre los siguientes presupuestos:

a) Procesalmente deben cumplirse diversas condiciones previas. En primer lugar se exige que, como consecuencia del deber judicial de emitir un pronunciamiento (§ 244 II StPO), hayan sido *agotados* previamente todos los *medios de prueba* permitidos (BGH 12, 386 [388]; 21, 152). Además, tratándose de delitos procesalmente autónomos, los hechos incluidos en la determinación alternativa deben ser formulados en la acusación o ser introducidos en el proceso a través de una querella complementaria (§ 266 StPO) (BGH 32, 146; coincidente C. Schröder, NJW 1985, págs. 780 ss.)²³. Asimismo, debe existir la certeza de que el acusado *únicamente* haya podido actuar de una u otra forma (BGH 12, 386 [388]). Cualquiera de las posibilidades de configuración alternativa del supuesto

²¹ A ello ha hecho una especial referencia de modo persistente Zeiler, ZStW 40 (1919) pág. 168; 42 (1921) pág. 665; 43 (1922) pág. 596. Este autor promovió, asimismo, la admisibilidad *ilimitada* de la determinación alternativa en la reforma del Derecho penal, vid. Zeiler, ZStW 72 (1960) pág. 5.

²² Por ello expresan fuertes objeciones Eb. Schmidt, § 244 StPO núms. 17 ss. y Peters, Strafprozeß págs. 291 ss. Un resumen acerca de la jurisprudencia entre los años 1934 a 1986 puede encontrarse en Wolter, Wahlfeststellung págs. 174 ss.

²³ Vid. Schönke/Schröder/Eser, § 1 núm. 103; LK (11.^a) (Gribbohm) § 1 núms. 134 ss.

de hecho a las que se recurre deberían, en el caso de que fuera posible una comprobación inequívoca, conducir con seguridad a la condena.

b) A ello se añade un presupuesto material de la determinación alternativa. Los reproches dirigidos a los hechos alternativos deben ser "**jurídica y psicológicamente comparables**" (BGH 9, 390 [393]; 25, 184; 30, 78)²⁴. Los motivos para la inseguridad de la jurisprudencia actual residen en la comparación ético-jurídica y psicológica de ambos tipos, así como en el requisito de la exclusión de cualquier otra tercera posibilidad fáctica²⁵. No obstante, la doctrina se ha adherido mayoritariamente a la línea marcada por la práctica²⁶. Sólo una minoría

²⁴ La equivalencia valorativa de las alternativas incluidas dentro del mismo tipo penal (por ejemplo, móviles abyectos o intención de favorecer la comisión de otro delito) debe ser afirmada sin ningún género de dudas (BGH 22, 12 [14]). Sin embargo, la jurisprudencia va mucho más allá y admite la determinación alternativa entre el hurto y la receptación (BGH 1, 304; 15, 63), la apropiación indebida y la receptación (BGH 16, 184), el robo y la extorsión (BGH 5, 280), la estafa y la infidelidad patrimonial (OLG Hamm MDR 1974, pág. 682), en el perjurio y en la manifestación falsa en lugar del juramento (OLG Hamm GA 1974, pág. 84), así como con el hurto con astucia y la estafa (OLG Karlsruhe NJW 1976, pág. 902). Lo mismo rige, incluso, cuando uno de ambos tipos penales ha sido cometido a través de una modalidad agravada: el hurto y la receptación profesional (BGH 11, 26), el hurto cualificado por reincidencia y la receptación (BGH 15, 63 [66]), el hurto y la malversación de caudales públicos (BayObLG NJW 1958, pág. 560), las afirmaciones falsas sin juramento y el perjurio (BGH 13, 70), así como el hurto agravado y el encubrimiento material (BGH 23, 360 con el comentario, coincidente en cuanto al resultado, de *Schröder*, JZ 1971, pág. 141; desviándose de su fundamentación desde otro punto de vista *Hruschka*, NJW 1971, págs. 1392 ss.). El robo es degradado al hurto (BGH 25, 182 [185] con comentario discrepante de *Hruschka*, NJW 1973, pág. 1804; coincidente, sin embargo, *SK [Rudolphi]* apéndice al § 55 núm. 44; *Schulz*, JuS 1974, pág. 640). La determinación alternativa también es posible entre más de dos hechos (BGH 15, 63). Caso de que uno de los tipos penales escogidos concorra en unidad de hecho con otro delito, éste debe quedar fuera de consideración puesto que no consta si existe realmente el tipo respectivo (BGH 15, 266). Sobre la concreción de la cláusula general a través de "puntos de conexión tipificados legalmente" *Wolter*, *Wahlfeststellung* págs. 117 ss.

²⁵ De este modo, no son admisibles determinaciones alternativas entre el aborto y la estafa (BGH *Dallinger* MDR 1958, pág. 739), la embriaguez plena y el hecho cometido en estado de embriaguez (BGH 9, 390 [392]), el cohecho y la estafa (BGH 15, 88 [100]), el robo agravado y la receptación (BGH 21, 152), el hurto y la extorsión (BGH DRiZ 1972, pág. 31), el hurto y la estafa (OLG Karlsruhe, *Die Justiz* 1973, pág. 57), la traición a la patria y el engaño traidor (BGH 20, 100), el hurto con fractura y la complicidad en la estafa de seguro (GA 1985, pág. 132); supuestos todos ellos que en comparación con las resoluciones indicadas en la nota a pie anterior no siempre clarifican la cuestión. Pueden encontrarse ejemplos adicionales en *LK* (11.^a) (*Gribbohm*) § 1 núm. 116; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 111.

²⁶ Vid. *Kohlrausch/Lange*, § 2 apéndice "Wahlfeststellung" anotación núm. 3, *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 106; *Blei*, Allg. Teil pág. 38; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 167; *LK* (11.^a) (*Gribbohm*) § 1 núm. 108; *Schaffstein*, NJW 1952, pág. 729. Se muestran críticos, sin embargo, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 10 núm. 28; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 113. Un buen resumen lo proporciona *Röhmle*, JA

aconseja el retorno a la jurisprudencia anterior a 1934²⁷. En una dirección opuesta también se promueve en parte una admisión ilimitada o, al menos, más amplia de la determinación alternativa²⁸. Por el contrario, por motivos derivados del Estado de Derecho, en el extranjero sólo se sostiene su defensa dentro de unos límites muy estrechos²⁹.

c) Una condena es admisible sin más cuando se verifica con seguridad que el autor ha cometido un delito a través de una de las dos acciones y ambas son típica y jurídicamente equivalentes (*alternatividad fáctica pura*)³⁰.

Ejemplo: En la acción principal no queda claro cuál de las dos afirmaciones emitidas bajo juramento y contradictorias entre sí es la falsa (BGH 2, 351 [352]) o, de modo similar, cuál de los comportamientos equivocados del conductor ha ocasionado el accidente (OLG Neustadt VRS 23, 447).

d) Para el supuesto de que sea admisible la determinación alternativa deberá aplicarse la **Ley más favorable** que también aquí habrá de ser indagada de acuerdo con un *punto de vista concreto* (vid. *supra* § 15 IV 5). En el fallo de la sentencia tan sólo deberá ser aplicada la norma más beneficiosa, para evitar así el perjuicio

1975, págs. 95 ss. Básicamente más estricto que la doctrina dominante alemana *Schmoller*, *Alternative Tatsachenaufklärung* págs. 115 ss. en adhesión a la doctrina austríaca que exige que las alternativas deban poseer una "equivalencia jurídica completa" según su sentido social.

²⁷ Así, *H. Mayer*, *Lehrbuch* pág. 417; *el mismo*, *Grundriß* pág. 192; *Heinitz*, *JZ* 1952, pág. 102; *Eb. Schmidt*, § 244 StPO núm. 18; *Waiblinger*, *Pfenninger-Festschrift* pág. 164; *Endruweit*, *Wahlfeststellung* págs. 293 ss.

²⁸ Se muestran partidarios de una admisión generalizada *v. Hippel*, Tomo II pág. 44; *Zeiler*, *ZStW* 72 (1960) pág. 20; *Nüse*, *Alternativ-Schuldfeststellungen* pág. 63; *el mismo*, *GA* 1953, pág. 41; *Mannheim*, *ZStW* 44 (1924) pág. 442; *Eike v. Hippel*, *NJW* 1963, pág. 1534. Favorables a su admisibilidad en caso de "identidad del núcleo del injusto" *Dreher/Tröndle*, § 1 núm. 17 a; *Sax*, *JZ* 1965, pág. 748; *Deubner*, *JuS* 1962, pág. 23; *Hardwig*, *Eb Schmidt-Festschrift* pág. 484 nota a pie núm. 28; *Jakobs*, *GA* 1971, pág. 270; *LK* (10.^a) (*Tröndle*) § 1 núm. 104; *Tröndle*, *JR* 1974, pág. 135; *Otto*, *Peters-Festschrift* págs. 390 ss.; *Lackner*, § 1 núm. 19; *Wolter*, *Alternative und eindeutige Verurteilung* pág. 281; *SK (Rudolphi)* apéndice al § 55 núm. 42 así como núms. 38 ss. (con la referencia acertada al desvalor de acción). De modo similar, *Montenbruck Wahlfeststellung* pág. 384 se posiciona en torno al "tipo valorativo" común donde podrían ser integradas las acciones tomadas en consideración. Para casos en los que falte una diferencia gradual en el desvalor de los tipos penales a tener en cuenta, hay quien recurre a un tercer delito configurado como "tipo troncal", vid. *Günther*, *Verurteilungen trotz Tatsachenzweifel* págs. 262 ss.

²⁹ Vid. *Zeiler*, *ZStW* 64 (1952) págs. 158 ss.; *Schönke*, *DRZ* 1947, pág. 48; *Weber*, *Wahlfeststellungen* págs. 17 ss.; en relación con Austria vid. *Nowakowski*, *JBl* 1958, págs. 380 ss.; *Schmoller*, *supra* nota a pie núm. 26.

³⁰ Este supuesto es denominado como "determinación alternativa homogénea", vid. *LK* (10.^a) (*Tröndle*) § 1 núms. 68 ss.

para el condenado ante la sospecha de un delito más grave³¹. De este modo, la apreciación de la determinación alternativa sólo se deriva de los fundamentos de la sentencia. Las penas y consecuencias accesorias, así como las medidas de seguridad, únicamente pueden ser aplicadas cuando resultan admisibles en ambos tipos penales (RG 68, 258 [263]). El efecto de cosa juzgada de la determinación alternativa abarca a la totalidad de los delitos integrados en ella; los límites de aquella se deducen del concepto de “hecho” en el sentido del § 264 StPO (BGH 32, 146 [150 ss.]).

3. La valoración de la situación jurídica actual resulta complicada porque el problema de la determinación alternativa del hecho está situado en el dilema entre **seguridad jurídica** y **Justicia**. Por esta razón, toda solución intermedia, tal y como suele suceder siempre, sufre las objeciones de ambos extremos. Quien aspira a la completa realización de la Justicia por lo general no puede admitir ninguna comprobación alternativa de los hechos, en la medida en que la incertidumbre no se refiere a un punto inesencial de la culpabilidad o la pena. Por el contrario, quien en todos los casos quiere conducir a la Justicia hacia la victoria debe admitir la operatividad de una determinación alternativa ilimitada. Lo último, sin embargo, podría significar la renuncia a una pieza imprescindible de la seguridad jurídica. Por ello, en la práctica sólo puede tratarse del grado de flexibilidad admisible en torno a la prohibición de la determinación alternativa, pues en el proceso penal la seguridad jurídica debe poseer siempre la primacía.

La **solución** reside, ante todo, en que se amplíe el ámbito del principio “in dubio pro reo” a través de la introducción de relaciones valorativas graduables a costa de la determinación alternativa del hecho, y en que también tenga lugar una condena inequívoca a causa del hecho posterior en los supuestos de postdependencia. En los restantes casos de auténtica alternatividad en los que ninguno de los delitos a considerar puede ser determinado y, a pesar de ello, conste que uno de ambos debió ser cometido, se debería, para evitar absoluciones injustificadas y hacer reconocible la verdadera fundamentación de la sentencia, renunciar al criterio de la “comparación ético-jurídica y psicológica” (en realidad ya abandonado hace tiempo) y, en lugar del mismo, basarse en el de la *identidad del núcleo del injusto*, con el que no sólo se destaca el bien jurídico sino también la dirección del ataque³². La *seguridad jurídica en el ámbito procesal* es decisiva para

³¹ Naturalmente, en la praxis también es utilizada la redacción alternativa de la parte dispositiva de la sentencia. Sobre ello *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 113.

³² Vid. la información bibliográfica de la nota a pie núm. 28.

la protección del acusado³³. A ella pertenece, en especial, la obligación de que las alternativas sean formuladas en la acusación y en el auto de procesamiento (§§ 264, 266 StPO) (BGH 32, 146) y que, en su caso, el acusado sea advertido de la posibilidad de una condena alternativa (§ 265 StPO). Asimismo, los puntos de referencia para una prueba consistente de los hechos no pueden ser menoscabados con vistas a una determinación alternativa que en sí misma resulta admisible. Y, finalmente, debe estar excluida con seguridad la posibilidad de un relato fáctico de los hechos donde se descarte la alternatividad.

§ 17 La interpretación de la Ley penal

Baumann, Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958, pág. 394; *Bender*, Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957, pág. 593; *Betti*, Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, Festschrift für E. Rabel, Tomo II, 1954, pág. 79; *el mismo*, Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, 1967; *Blei*, Strafschutzbedürfnis und Auslegung, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 109; *Bockelmann*, Richter und Gesetz, Festschrift für R. Smend, 1952, pág. 23; *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983; *Burckhardt*, Methode und System des Rechts, 1936; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982; *Clerc*, Les travaux préparatoires et l'interprétation de la loi pénale, SchwZStr 64 (1949) pág. 1; *Dando*, Das Legalitätsprinzip und die Rolle der Rechtsprechung, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 37; *Eckardt*, Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, 1964; *Engisch*, Die Relativität der Rechtsbegriffe, Deutsche Landesreferate zum V. Internat. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1958, pág. 59; *el mismo*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2.^a Ed. 1960; *el mismo*, Methoden der Strafrechtswissenschaft, en: Enzyklopädie der geisteswiss. Arbeitsmethoden, Fascículo núm. 11, 1972, pág. 39; *Foregger*, Die Problematik der ausdehnenden Interpretation usw., OJZ 1960, pág. 290; *Geerds*, Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 406; *Germann*, Methodische Grundfragen, 1946; *el mismo*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2.^a Ed. 1967; *el mismo*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2.^a Ed. 1968; *Gössel*, Strafrechtsgewinnung als dialektischer Prozeß, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 41; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 1; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *Jahr*, Redaktionsversehen, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 141; *Jiménez de Asúa*, Nullum crimen, nulla poena sine lege, ZStW 63 (1951) pág. 166; *Arthur Kaufmann*, Analogie und "Natur der Sache", 2.^a Ed. 1982; *el mismo*, Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, JZ 1975, pág.

³³ Vid. *Tröndle*, JR 1974, pág. 135.

337; *Keller*, Strafrecht, 1984; *Klug*, Juristische Logik, 4.^a Ed. 1982; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977; *Kunst*, Interpretationsmethoden im Strafrecht, JBl 1971, pág. 329; *el mismo*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, Verhandlungen des 5. österr. Juristentags, Tomo II, 1973, pág. 9; *Kunz*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *Lackner*, Zu den Grenzen der richterlichen Befugnis, mangelhafte Strafe setze zu berichtigen, Festschrift der Jur. Fakultät Heidelberg, 1986, pág. 39; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.^a Ed. 1991; *Liver*, Der Wille des Gesetzes, 1954; *Loos*, Bemerkungen zur "historischen" Auslegung, Festschrift für R. Wassermann, 1985, pág. 123; *Mennicken*, Das Ziel der Gesetzesauslegung, 1970; *Naucke*, Der Nutzen der subjektiven Auslegung, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 274; *Neumann*, juristische Argumentationslehre, 1987; *Ostendorf*, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982 pág. 333; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.^a Ed. 1973; *el mismo*, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971) pág. 369; *Schmidhäuser*, Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie, Gedächtnisschrift für W. Martens, 1987, pág. 231; *R. Schmitt*, Anmerkung zu BGH 4 StR 516/67, JZ 1968, pág. 307; *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983; *Schwalm*, Der objektivierte Wille des Gesetzgebers, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 47; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Stratenwerth*, Zum Streit der Auslegungstheorien, Festschrift für O. A. Germann, 1969, pág. 257; *Stree*, Die Ersatzhehlerei als Auslegungsproblem, JuS 1961, pág. 50; *Trousse*, Droit pénal, Tomo I, en: Les Nouvelles, 1956; *Waiblinger*, Die Bedeutung des Grundsatzes "nullum crimen sine lege" ZBJV 91 bis (1955) pág. 228; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 6.^a Ed. 1994.

El contenido material de la Ley penal es transformado por medio de la **interpretación** en la praxis de la aplicación del Derecho. Una interpretación fiel a la Ley debe garantizar que las resoluciones judiciales queden subordinadas a la voluntad colectiva expresada a través de la representación popular¹. La seguridad y la igualdad jurídica exigen la vinculación del Juez a las disposiciones cuyo contenido sea objetivamente reconocible de acuerdo con las reglas de interpretación aceptadas y, por ende, que puedan ser aplicadas del mismo modo a supuestos análogos². El "reino del Juez" no consiste, pues, en la concesión de la mayor libertad posible ante la Ley sino en la obediencia a ella³. La misión del Juez en la interpre-

¹ El Derecho se va perfeccionando a través de la interpretación; vid. *Hassemer*, Tatbestand págs. 98 ss. Por ello, en última instancia, la seguridad jurídica depende de la fidelidad del Juez a la Ley; vid. *Dando*, Heinitz-Festschrift pág. 41. La vinculación del Juez a la Ley es entendida con acierto como una señal de la "cultura jurídica", vid. *AK (Hassemer)* § 1 núm. 133.

² Vid. *Germann*, methodische Grundfragen págs. 111 ss.

³ *Bockelmann*, Smend-Festschrift págs. 29 ss. Por el contrario, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 112 comprende el límite entre interpretación y analogía de modo puramente subjetivo (vid., además,

tación consiste en comprender de tal forma el sentido de la Ley con vistas al caso concreto a resolver, del mismo modo en que lo hiciera cualquier otro Juez que tuviera que decidir sobre el mismo caso. Por tanto, la esencia de la interpretación se determina a través de la *fidelidad a la Ley* y una *verificación objetiva* posterior.

I. Los argumentos de la lógica jurídica

En la interpretación el jurista se sirve de **procedimientos argumentativos**⁴ especiales cuya estructura y valor declarativo debe ser tratado con carácter previo:

1. El **argumento analógico** (“*argumentum a simile*”) que, básicamente, también ocupa su legítimo puesto en Derecho penal (vid. *supra* § 15 II 2 a y b) significa que una proposición jurídica, cuya aplicabilidad a un grupo de casos está asegurada, puede ser aplicada a otro supuesto si éste coincide en sus relaciones esenciales con el primer grupo mencionado. De este modo, la superación de la velocidad máxima permitida por la distancia de frenado para una conducción en condiciones de visibilidad ante la presencia de niebla en el ferrocarril berlinés de cercanías, fue considerada como una “infracción similar” (§ 315 I en su redacción anterior) a la señalización errónea puesto que la seguridad ferroviaria, que se garantiza a través de una señalización correcta, dependía bajo estas condiciones del respeto al límite máximo de velocidad (BGH 8, 8 [12 ss.]). El **argumento a contrario** (“*argumentum e contrario*”) significa que ante la inexistencia de determinados presupuestos puede concluirse que tampoco pueden entrar en juego las consecuencias jurídicas previstas para el caso en que concurran aquéllos. De esta forma, de la limitación del privilegiante § 217⁵ a las madres solteras se deduce que el homicidio de un hijo matrimonial durante o inmediatamente posterior al nacimiento, no entra dentro de la órbita del § 217. Sin embargo, esta clase de argumento sólo es determinante cuando los presupuestos especiales no sólo constituyen una condición suficiente sino, además, *necesaria* de la consecuencia jurídica. Los argumentos por analogía y a contrario no son sencillamente canjeables entre sí, sino que más bien son independientes uno del otro. El primero de ellos presupone, sencillamente, que el caso no regulado coincide en sus relaciones esenciales con el que lo está. Presupuesto del segundo es, por el contrario, que los elementos típicos constituyen una condición necesaria de la consecuencia jurídica, de modo que, por ejemplo, el privilegio sólo tiene sentido para el caso de una madre soltera⁶.

su distinción entre el tipo literal y el tipo de interpretación págs. 23 ss.). Crítico al respecto *Roxin*, ZStW 83 (1971) págs. 376 ss. y *Engisch*, Methoden pág. 62. *Arthur Kaufmann*, Analogie págs. 4 ss. entiende también a la interpretación como una “actuación configuradora”.

⁴ Con mayor detenimiento sobre el tema *Klug*, Juristische Logik págs. 109 ss.; *Neumann*, Juristische Argumentationslehre págs. 34 ss. Acerca de la conclusión analógica, especialmente, *Arthur Kaufmann*, Analogie págs. 4 ss.; *Larenz*, Methodenlehre págs. 381 ss.

⁵ En la actualidad el § 217 StGB (infanticidio) se encuentra ya derogado (N del T).

⁶ En este sentido *Larenz*, Methodenlehre págs. 390 ss.; *Klug*, Juristische Logik págs. 145 ss.

2. Con el “**argumentum a maiore ad minus**” la validez de una proposición jurídica aplicable a un grupo de supuestos que se integran bajo un determinado concepto superior, se traslada a otros casos que pueden estar igualmente subordinados a ese concepto superior. Y así, la supresión de la pena en la tentativa inidónea para hipótesis de incompreensión burda (§ 23 III) permite ser extendida a la tentativa irreal. Pero dado que hasta el momento esta última ha permanecido impune y no se proyectó para ella agravación alguna, el argumento reproducido carece de eficacia y es superado por uno mejor como el histórico. El “**argumentum a fortiori**” significa que de la validez de una proposición jurídica para un caso determinado puede ser deducida su efectividad para otro en el que los motivos se presentan de modo más “palmario”. De este modo, de la impunidad de la complicidad al suicidio se concluye también la de la mera co-causación imprudente del mismo (BGH 24, 342 [344]). Finalmente, con el “**argumentum ad absurdum**” es declarada errónea una suposición determinada, pues de lo contrario debería ser admitida otra que bajo ninguna circunstancia puede ser correcta. Y así, según la tesis mantenida por la BGH 8, 102 (103), la limitación del concepto de violencia en el delito de alta traición (§§ 81, 82) a la fuerza corporal “inutiliza completamente el significado práctico de la disposición”, de lo que se deduce que no depende de ello sino de la provocación de una situación de violencia. Pueden verse ejemplos adicionales en las BGH 22, 289 (295); 23, 327 (328 *in fine*).

II. Interpretación y subsunción

1. En Derecho penal la aplicación de la Ley significa (para el supuesto de una condena) el pronunciamiento de una pena para un hecho, basado en las leyes en las que se encuentra un comportamiento descrito a través de elementos abstractos (el tipo penal) que está conminado con la pena como consecuencia jurídica.

Ejemplo: Cuando alguien sustrae a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiárselo ilícitamente, según el § 242 debe ser castigado por un hurto con pena de prisión o multa.

El tipo delictivo es la premisa mayor, el hecho material la menor y la pena la conclusión. La aplicación de la Ley al caso concreto significa, pues, que la premisa mayor abstracta es puesta en relación con la inferior que se extrae de la vida misma (por ejemplo, “**A** ha sustraído a **B** una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela”). De ello se deduce como conclusión la sentencia judicial: A es castigado por un hurto con la pena de prisión o multa. En realidad, esto suena bastante sencillo pero la verdadera contribución del pensamiento jurídico no reside en la aportación de esta deducción lógica (silogismo), sino en la *obtención de la premisa menor*⁷. Se trata de poner de relieve los factores jurídicamente relevantes

⁷ Al respecto vid. *Larenz, Methodenlehre* págs. 273 ss.

precedentes del abundante material fáctico de un caso y de subsumir los elementos conceptuales de la premisa mayor a través de la aceptación de una identidad que sea al menos parcial⁸. De este modo, en el ejemplo antes mencionado, debe ser aceptada la existencia de la intención de apropiación cuando alguien sustrae un vehículo de motor ajeno con el mero propósito de usarlo, pero posteriormente quiere abandonarlo en cualquier sitio (BGH 22, 46). Esta actividad del jurista se denomina “**subsunción**”⁹. Ésta tiene lugar en la praxis del siguiente modo: cuando el Juez se dispone a enjuiciar hechos nuevos los compara con otros que le son conocidos y que con anterioridad ya han sido subsumidos en los correspondientes preceptos legales¹⁰. Por ello, el proceso depende de que el nuevo caso a enjuiciar coincida con el anterior en sus relaciones jurídicas esenciales.

2. La **interpretación** es un **presupuesto de la subsunción**. La primera tiene una doble misión. Con anterioridad a la subsunción debe, en primer lugar, dejar claro el *sentido de la premisa mayor aplicable*. Esto sucede a través de la especial comprensión de su significado sobre la base de las singularidades del caso concreto y del mayor acercamiento posible de aquélla a los hechos. En segundo lugar, también antes de la subsunción, se procede a discernir la *trascendencia* jurídica de los correspondientes precedentes con los que debe ser equiparado el nuevo caso. Este proceso se desarrolla por medio de una generalización de los enunciados concretos contenidos en aquéllos, con la finalidad de aclarar cuáles han sido los principios inspiradores de dichos precedentes. La interpretación contiene, pues, dos operaciones intelectuales opuestas en las que la mirada se dirige permanentemente “de un lado a otro”: a la Ley y precedente por una parte y los hechos por otra (*Engisch*).

Ejemplo: Con la intención de apropiárselo, alguien coge un instrumento ajeno de labranza que el propietario usualmente dejaba en el campo de cultivo. Para decidir si esto es un hurto, ante todo es aproximado el elemento “sustraer” del § 242 a través de la interposición de dos proposiciones especiales de la configuración del caso concreto: “sustraer” significa “ruptura de la posesión ajena por medio de la creación de una nueva” y “posesión” significa “posibilidad de dominio fáctico”. De esta forma se plantea la

⁸ Vid. Gössel, Peters-Festschrift págs. 55 ss.

⁹ En relación con la estructura lógica de la subsunción vid. *Engisch*, Logische Studien págs. 19 ss.; *Larenz*, Methodenlehre págs. 271 ss. Acerca de la relación entre interpretación y subsunción vid. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre págs. 91 ss.

¹⁰ *Engisch*, Einführung pág. 213. Crítico al respecto *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre pág. 397. En los países que poseen un Derecho penal codificado el significado preeminente de los precedentes judiciales reside también en la comparación de casos con la finalidad de realizar la subsunción.

cuestión de si el granjero ha tenido la posibilidad real de dominio sobre los aperos de cultivo. Para poder fundamentar esto es necesario remitirse a la RG 50, 184. En esta resolución ya se decidió que los animales domésticos que deambulean libremente se encuentran en posesión del propietario. El punto de vista más generalizado es, por tanto, que la cuestión no depende de la permanente disponibilidad real de la cosa, sino sólo si ésta se encuentra en una relación espacial con el propietario que está condicionada por la finalidad económica y que en todo momento puede ser transformada en un poder disposición pleno; asimismo, depende de si la aceptación del poder de dominio se corresponde con la concepción natural de la vida (vid. también la BGH JZ 1968, pág. 307 con comentario de R. Schmitt).

III. Necesidad y libertad de la interpretación

1. **Toda norma jurídica requiere interpretación**¹¹. Esto es válido también para el supuesto de un “tenor literal claro” puesto que el sentido jurídico de una disposición legal puede ser distinto a aquel que se deriva de la comprensión superficial de un tenor literal aparentemente diáfano.

Ejemplo: De acuerdo con el § 249 se considera robo la sustracción de una cosa “con violencia contra una persona”. Pero violencia no es sólo la aplicación de fuerza corporal (sentido literal inmediato) sino también narcotizar (“sin recurrir a la fuerza”) a la víctima con medios químicos (sentido jurídico) (BGH 1, 145).

En tiempos pasados se intentó ingenuamente vincular al Juez a la letra de la Ley. En este sentido, por ejemplo, el preámbulo del Corpus juris Fridericiani de 1749/51 y el Comentario oficial al StGB bávaro de 1813 contenían prohibiciones al comentario de las normas legales. De *Montesquieu* procede la conocida frase: “Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi” (“De l’Esprit des Lois [1784], Libro IX, Cap. VI). La pretensión de obediencia del Estado absoluto condujo así al mismo resultado que el miedo de la ciudadanía libre a la arbitrariedad judicial: a una rigurosa vinculación del Juez al tenor literal de la Ley.

Prohibir la interpretación significó nada menos que querer impedir a la realidad la creación de casos con relevancia jurídica en los que el legislador no había pensado, ordenando asimismo al Juez el olvido de los precedentes judiciales que él mismo había sentado. Por ello, la cuestión únicamente puede ser de qué modo puede asegurarse que la interpretación no socava la función garantista de la Ley penal. Y esto sucede, precisamente, por medio de la *aplicación de reglas de interpretación reconocidas* de las que hasta cierto punto se deriva una vinculación objetiva del Juez (vid. *infra* § 17 IV).

¹¹ Larenz, Methodenlehre págs. 312 ss.

2. Si no se pueden probar *hechos* esenciales que afectan a la culpabilidad del acusado interviene el principio “in dubio pro reo” (vid. *supra* § 16 II 1). Por el contrario, para las cuestiones jurídicas no existe una regla de interpretación que de algún modo obligara al Juez a elegir de entre varias posibilidades interpretativas de la Ley, la que más beneficiara al acusado (“**in dubio mitius**”; “in dubio pro libertate”) (BGH 6, 131 [133])¹². En caso de duda sobre la interpretación de las normas jurídicas el Tribunal no tiene que escoger la que resulte más beneficiosa para el acusado sino sólo la más correcta. También se puede tomar de base una comprensión amplia de los elementos del tipo pero se debe, no obstante, observar la prohibición de la analogía (vid. *supra* § 15 III 2).

Ejemplos: Los signos probatorios (vgr., cierres precintados, placas de identificación, números de bastidor de un vehículo a motor) son considerados como documento en el sentido del § 267 (RG 50, 191; BGH 9, 235 [238]). El “escalamiento” en el sentido del § 243 núm. 1 puede consistir también en una “entrada deslizándose por el suelo” (BGH 14, 198). El ácido clorhídrico diluido es un “arma” en el sentido del § 250 I núm. 1 (en su redacción anterior) y el § 223 a (BGH 1, 1).

IV. Las clases de interpretación

1. En la Ciencia jurídica la interpretación significa comprender y hacer comprensible el sentido jurídico de un texto. Tradicionalmente se vienen distinguiendo **cuatro métodos de interpretación**: gramatical, sistemático, histórico y teleológico (BGH 29, 204 [206])¹³. Esta división se refiere en un primer plano a la interpretación de las leyes pero también puede ser utilizada para la exégesis de precedentes judiciales.

a) La interpretación **gramatical** supone el intento de alcanzar el significado de la Ley partiendo del sentido del lenguaje. Aquí la dificultad reside, sobre todo,

¹² En este sentido se decanta la opinión mayoritaria; vid. RG 62, 369 (372 ss.); BGH 14, 68 (73); OLG Celle NJW 1968, pág. 2119; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 153 ss.; *LK* (10.^a) (*Tröndle*) § 1 núm. 52; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 9 núm. 7; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 53.

¹³ Más detalladamente sobre el tema *Engisch*, Einführung págs. 71 ss.; *el mismo*, Methoden págs. 53 ss.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre págs. 39 ss.; *AK* (*Hassmer*) § 1 núms. 305 ss. En Bélgica *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núms. 97 ss.; *Dupont/Verstraeten*, Handboek núm. 148 (en contra de la interpretación restrictiva por principio); en Francia *Jeandidier*, Droit pénal général núm. 126 (hacia la “interprétation stricte”); en España *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 190 ss. (como en el texto); en Italia *Bettioli/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 146 ss.; en Austria *Kunst*, Rechtsquellen págs. 32 ss.; en los Países Bajos *Hazweinkel-Suringa/Remmeling*, Inleiding págs. 71 ss. Sobre la “strict construction of Criminal Statutes” en los EE.UU *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 108 ss.

en tener que aclarar la cuestión previa de si lo decisivo debe ser la acepción *jurídica* o el uso *común* del lenguaje y cuál es el que corresponde a cada uno de ellos.

Ejemplos: Los giros postales fueron considerados como “cartas” en el sentido del § 354 en su redacción anterior (RG 1, 114 [115]) puesto que se trata de una comunicación del remitente al destinatario, mientras que la BGH 1, 158 (163) invocaba el uso “natural” del lenguaje para la interpretación del concepto de “edificio”, “depósito” y “espacio cerrado” en el § 243 I núm. 2 en su redacción anterior (actual § 243 núm. 1 y 2) (vid. también BGH 10, 46 [50]; 22, 335 [336 ss.]).

En un primer plano resulta decisiva la terminología jurídica en tanto que la misma exista. Al respecto, sin embargo, debe siempre tenerse presente que las expresiones jurídicas especializadas pueden significar cosas distintas según la relación en la que se encuentren (vid., por ejemplo, BGH 10, 194 [196]: “público”; BGH 11, 119 [121]: “tiempo de comisión del delito”). El significado de una palabra puede estar determinado a través de definiciones legales (vid. § 11). El tenor literal también puede sufrir alguna corrección por la claridad de su sentido (BGH 29, 310 [314]). El método gramatical encuentra su complemento con el sistemático. Mediante el método **sistemático** el sentido de la Ley es deducido de la posición en la que se sitúa la norma a interpretar en relación con el conjunto del sistema. Y así, el § 315 b abarca a intromisiones en el tráfico viario de origen *diverso* a éste y el § 315 c el comportamiento incorrecto *en aquél* (BGH 18, 279 [282]); del mismo modo, la interpretación restrictiva del § 181 se fundamenta a través de su comparación con las modalidades comisivas sancionadas penalmente por la Ley (BGH 27, 27 [29]). Naturalmente, el valor descriptivo de ambos procedimientos depende esencialmente de la exactitud jurídica de la redacción del tenor de la norma y de la ubicación sistemática de la disposición legal a interpretar.

b) Para la exégesis del sentido de la Ley la interpretación **histórica** recurre al contexto histórico general en el que se sitúa aquélla, así como a su singular origen histórico sobre el que los materiales legales (proyectos, fundamentaciones, actas de las comisiones y del parlamento) suministran información (BGH 27, 45 [48]; 29, 85 [87 ss.]; 29, 300 [303 ss.]). La interpretación histórica conduce a la cuestión de qué es lo que se quiso con la Ley y, por tanto, simultáneamente, a la interpretación teleológica. El método **teleológico** se esfuerza en poner de relieve los fines y valores que guiaron a la Ley, con la finalidad de poder deducir inmediatamente de los mismos el significado que la disposición lleva consigo. Por ello es importante no sólo preguntarse acerca de los bienes jurídicos en cuya protección el legislador ha reparado, sino también tener en consideración los desvalores ético-sociales de acción que han influido decisivamente en la aprobación de la norma (vid. *supra* § 1 III 2).

Ejemplos: Para el tipo del cohecho (§ 332) lo esencial “no es el falseamiento de la voluntad del Estado sino la conclusión del pacto injusto” (BGH 15, 88 [97]). La finalidad de protección del § 174 a II presupone que el “ocupante”¹⁴ del establecimiento oficial también pernocte en el mismo (BGH 29, 16 [17]). En relación con la interpretación restrictiva del tipo relativo a la pornografía (§ 184) debe tenerse en cuenta que la “Ley penal no tiene como misión imponer al ciudadano adulto una moral determinada en el ámbito sexual, sino que aquélla consiste en proteger al orden social colectivo de perturbaciones y molestias burdas” (BGH 23, 40 [43 ss.]).

El procedimiento interpretativo aparece coronado por el **método teleológico**¹⁵ porque sólo él contribuye inmediatamente al verdadero objetivo de toda interpretación, esto es, poner de relieve los puntos de vista finalísticos y valorativos a partir de los cuales se desarrolla en última instancia el sentido legal decisivo. En el fondo, los otros métodos constituyen sólo derroteros especiales que permiten acercarse al sentido de la norma (vid., por ejemplo, BGH 2, 365: estafa cometida a través de una reclamación ilegal; BGH 5, 267: concepto del objeto del § 264 a en su redacción anterior; BGH 24, 222 [227]: concepto de propiedad en Derecho penal). Y es que la progresión metódica que parte del tenor literal (BGH 3, 259 [262]; 14, 116 [118]) y avanza sobre la relación sistemática (BGH 7, 37 [39]) y el origen histórico (BGH 7, 165 [169]) hacia la comprensión de la finalidad (BGH 9, 84 [87]) está internamente bien fundamentada, porque de este modo son recorridos paso a paso las distintas fases de la argumentación. Por ello la jurisprudencia procede generalmente de este modo (vid. vgr. RG 62, 369 [373]; BGH 5, 263 [266]; 23, 313 [314 ss.]; 24, 40 [41 ss.]).

En la interpretación del sentido de la Ley el Juez debe siempre tener presente las decisiones valorativas contenidas en la Constitución (**interpretación con arreglo a la Constitución**). En realidad, aquél no puede cambiar por sí mismo el sentido del precepto (BVerfGE 17, 155 [163 ss.]; 45, 187 [259 ss.]; BGH 30, 105 [118]; 40, 371 [373]), pero dentro de ese marco debe intentar mantener la armonía con las normas constitucionales¹⁶. Si, de acuerdo con la opinión del

¹⁴ Téngase en cuenta la redacción vigente del precepto mencionado que ya no alude expresamente al “ocupante” (“*Insasse*”) sino a la “persona hospitalizada” (“*eine Person, die in einer Einrichtung für Kranke oder hilfsbedürftige Menschen stationär aufgenommen*”) (N del T).

¹⁵ *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung págs. 21 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 9 núm. 21; *LK* (10.^a) (*Tröndle*) § 1 núm. 46; *Kunst*, Rechtsquellen pág. 38; *Blei*, Henkel-Festschrift págs. 109 ss. con ejemplos. Pueden encontrarse también ejemplos referidos al método interpretativo histórico en *Loos*, Wassermann-Festschrift págs. 123 ss.

¹⁶ *Engisch*, Methoden págs. 52 ss. así como las referencias contenidas en *Engisch*, Einführung pág. 238 nota a pie núm. 82b; vid., especialmente, BGH 19, 325 (330) y, de otro lado, BGH 22,

Tribunal, ello no resultara posible debe, según el art. 100 I GG, suspender el procedimiento y plantear la cuestión al Tribunal Constitucional.

2. Aunque a menudo tanto el método de interpretación histórico como el teleológico conducen al mismo resultado, sin embargo ocasionalmente sucede que la voluntad del legislador histórico no coincide con el sentido del precepto al venir éste acompañado de circunstancias propias de una época posterior. En estos casos destaca la vieja discusión metodológica acerca de cuál debe poseer la primacía, si la voluntad del legislador (**teoría subjetiva**) o la objetiva “voluntad de la Ley” (**teoría objetiva**)¹⁷. Un importante significado práctico tiene al respecto la divergencia de opiniones acerca de si el defecto de un texto legal puede ser corregido por vía interpretativa. Si lo que se quiere es liberarse de una decisión del legislador histórico que se considera ya superada, por vía de la interpretación ello sólo puede suceder sobre la base de la teoría objetiva; en cambio, la teoría subjetiva permanece vinculada a la voluntad (probablemente equivocada) del legislador histórico. También la integración de lagunas legales es más fácilmente realizable desde el punto de vista de la teoría objetiva, puesto que se puede partir de las valoraciones actuales determinantes y no deben ser reconstruidas las reflexiones de un pasado quizás ya lejano¹⁸. Debido precisamente a estas ventajas la teoría objetiva se ha convertido en la opción paulatinamente dominante¹⁹. Pero, por otra parte, también le son propios los inconvenientes de la inestabilidad y del subjetivismo encubierto puesto que el intérprete, que cree estar averiguando

146 (153); además, *Eckardt*, Verfassungskonforme Gesetzesauslegung págs. 37 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núms. 30 ss. antes del § 1; *AK (Hassemer)* § 1 núm. 110; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 9 núm. 25.

¹⁷ Más detalladamente sobre la discusión teórica *Engisch*, Einführung págs. 88 ss.; *Liver*, Der Wille des Gesetzes págs. 10 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núms. 41 ss.; *Schroth*, Theorie und Praxis subjektiver Auslegung págs. 76 ss.; *Stratenwerth*, German-Festschrift págs. 257 ss. Vid., además, BVerfGE 10, 129 ss.

¹⁸ Para más detalles *Bender*, JZ 1957, pág. 599.

¹⁹ Defienden la teoría objetiva a título de ejemplo, *Binding*, Handbuch pág. 456; *Grünhut*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 6; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung págs. 47 ss.; *Mezger*, Lehrbuch pág. 81; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 9 núm. 22; *Welzel*, Lehrbuch pág. 22; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre págs. 19 ss. En Suiza, para la justificación de la teoría objetiva, se afirma que que el legislador no es el parlamento sino el pueblo, vid. *Germann*, Methodische Grundfragen págs. 16 y 115. También favorables a la teoría objetiva *Betti*, Rabel-Festschrift Tomo II pág. 129. Acerca del sentido de lo “objetivo” vid. *Schwalm*, Heintz-Festschrift págs. 51 ss. Por el contrario, mostrándose partidarios de la teoría subjetiva, *Engisch*, Einführung págs. 94 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 84; *Naucke*, Engisch-Festschrift pág. 280; *el mismo*, Einführung págs. 87 ss. La jurisprudencia utiliza ambos métodos vid. BGH 6, 147 (149) y 14, 116 (119 ss.) con BGH 10, 157 (119 ss.) o la 24, 29 (30 ss.).

la “voluntad de la Ley”, sucumbe demasiado fácilmente a la tentación expresada por las divertidas palabras de *Goethe*: “en la interpretación sed vivos y despiertos, y si no encontráis nada introducid algo debajo” (*Zahme Xenien*). De ahí que deba ser intentada una síntesis entre la teoría objetiva y subjetiva para, de este modo, lograr encontrar²⁰, aunque sólo sea indiciariamente, la voluntad expresada por el legislador histórico (“**teoría indiciaria**”²¹) a la que el significado decisivo busca permanecer fiel, siempre que por imperativos de la Justicia, el desarrollo de las circunstancias o, sencillamente, el espíritu del momento, no hagan aparecer como algo ya superado a la decisión del pasado (vid., por ejemplo, la BGH 2, 194 [204] sobre la necesidad del cambio en el tratamiento del error de prohibición de acuerdo con el principio de culpabilidad; BGH 1, 1 acerca del concepto de arma y la BGH 23, 40 [42 ss.] relativo a la obscenidad de un escrito). Además, la actualidad temporal también juega su rol: las leyes nuevas serán interpretadas primordialmente sobre la base del material normativo utilizado en su elaboración, mientras que en las más antiguas el significado objetivo elaborado a través de su aplicación jurídica se encuentra más en un primer plano (BVerfGE 34, 288 ss.)²². También en la jurisprudencia se tiende con frecuencia a una síntesis entre la teoría subjetiva y la objetiva²³.

3. De la **estructura de las proposiciones jurídico-penales** también se derivan puntos de apoyo para la interpretación. El Derecho penal ambiciona preferentemente la *protección de bienes jurídicos*. Por ello, en la cuestión relativa a la finalidad de la Ley, resulta de gran significado la comprensión del bien jurídico tutelado y del ámbito de protección de la disposición penal implicada (vid. BGH 2, 362 [363] sobre el encubrimiento)²⁴ y, junto a ello, el desvalor de acción que el legislador ha tenido presente con la aprobación de la norma punitiva (BGH 6, 40 [52] en relación con el § 180 en su redacción anterior). Finalmente, de

²⁰ Así *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung pág. 55; *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núm. 32; *Jakobs*, Allg. Teil 4/21; *Wessels*, Allg. Teil núm. 57; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 44; *Klug*, Juristische Logik pág. 153; *Larenz*, Methodenlehre pág. 318; *Mennicken*, Gesetzesauslegung págs. 75 ss.; *SK (Rudolphi)* § 1 núms. 32 ss.; *Krey*, Studien pág. 187.

²¹ Según lo afirmado los errores en la motivación no deben tomarse en cuenta cuando la verdadera voluntad del legislador no ha encontrado expresión legal alguna (vid. BGH 1, 74 [76]; 8, 294 [298]; 11, 52 [53]).

²² Acerca de las experiencias derivadas de la aplicación del StGB suizo de 1937 vid. *Clerc*, SchwZStr 64 (1949) págs. 1 ss.

²³ BVerfGE 1, 312; BGH 2, 99 (103 ss.); 10, 157 (159 ss.); 11, 304 (314); 24, 40.

²⁴ En diferentes ocasiones se sostiene la tesis de que los menoscabos completamente insignificantes del bien jurídico protegido ya no integran materialmente el tipo de una norma penal; así OLG Hamm NJW 1980, pág. 2537; *Ostendorf*, GA 1982, pág. 33; *Kunz*, Bagatellprinzip págs. 187 ss.

las *conminaciones penales* también se deducen importantes indicaciones para la interpretación²⁵ (BGH 7, 134 [138] sobre la relación entre hurto y receptación; vid., además, BGH 22, 114 [117] en torno al § 316a; BGH 22, 178 [179] sobre el § 236 en su redacción anterior).

4. A veces se mantiene la visión de que en el Derecho penal resulta inadmisibles la **interpretación extensiva** y que, por el contrario, resulta forzosa la de naturaleza **restrictiva**²⁶. Para ello se aduce que el Derecho penal está integrado por normas jurídicas gravosas (“odiosa sunt restringenda”) y que posee asimismo un carácter excepcional (“singularia non sunt extendenda”; vid. BGH 17, 69 [74]). Contrariamente a esta tesis, en Alemania actualmente es defendida de forma mayoritaria la interpretación extensiva de normas penales²⁷. Equivocado sería, en cualquier caso, la aceptación de que la interpretación en Derecho penal tuviera que dirigirse de forma puramente externa de acuerdo con el sentido natural de las palabras, pues tampoco una vinculación rigurosa al tenor literal permite garantizar la seguridad jurídica²⁸. Lo decisivo es que el aplicador de la Ley se esfuerce en indagar el sentido razonable de aquélla. “En realidad, bajo este punto de vista no hay una interpretación extensiva sino tan sólo una interpretación correcta”²⁹.

Por el contrario, si se sobrepasan los límites del sentido de la Ley ya no estamos en presencia de una interpretación, sino ante una analogía que, como

²⁵ Vid. *Germann*, *Methodische Grundfragen* págs. 78 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núms. 48 ss.

²⁶ En este sentido se decanta todavía el acuerdo mayoritario del IV Congrès International de Droit Pénal 1937, Actes du Congrès p 110. Vid. en profundidad *Engisch*, *Einführung* págs. 100 ss. Actualmente, también en el extranjero la doctrina mayoritaria está a favor de la interpretación extensiva; vid., por ejemplo, *Germann*, *Rechtsfindung* págs. 104 ss.; *Trouse*, *Droit pénal* págs. 140 ss.; *Dupont/Verstraeten*, *Handboek* núm. 155; *Bettiol/Pettoello Mantovani*, *Diritto penale* pág. 152; *Mantovani* *Diritto penale* pág. 67; *Jiménez de Asúa*, *ZStW* 63 (1951) págs. 181 ss.; *Merle/Vitu*, *Traité* I núm. 177 (como uso en la práctica); *Schultz*, *Einführung* I pág. 93; *Noll/Trechsel*, *Allg. Teil* I pág. 40; *Kunst*, *Rechtsquellen* págs. 46 ss., todos ellos con jurisprudencia. Más precavidos se muestran *Hazewinkel-Suringa/Rommeling*, *Inleiding* pág. 76; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, *Derecho penal* pág. 193. El Código penal francés de 1994 contiene en el art. 111— 4 la siguiente regla: “La loi pénale est d’interprétation stricte”. De acuerdo con *Pradel*, *Le nouveau Code pénal* pág. 26 con ello está excluida una “interprétation extensive”. En relación con la “strict construction” en los EE.UU. *LaFare/Scott*, *Substantive Criminal Law* I págs. 108 ss.

²⁷ Vid. *Engisch*, *Methoden* págs. 63 ss.; *Grünhut*, *Frank-Festgabe* Tomo I pág. 28; *Schönke/Schröder/Eser* § 1 núms. 51 ss.; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil* I § 9 núm. 7; *Welzel*, *Lehrbuch* pág. 22. De otra opinión *Geerds*, *Engisch-Festschrift* pág. 420.

²⁸ Vid. la célebre afirmación del jurista romano *Celsus* del tiempo del Emperador Adriano (117-118 d.C) “Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem” (Dig. 1, 3, 17).

²⁹ Así, *Germann*, *Methodische Grundfragen* pág. 121.

actividad creativa del Derecho, está prohibida en Derecho penal si se ejercita en perjuicio del acusado (vid. *supra* § 15 III 2).

Ejemplos: La aplicación del § 202 sobre la infracción del secreto postal a la escucha ilegal de una conversación, constituiría una innovación jurídica tan inadmisibile como la extensión del § 142 (referido al alejamiento del lugar del accidente en la circulación vial) al supuesto de un accidente en una vía de navegación (BGH 14, 116). En relación con la aplicación del elemento “vehículo con enganche animal” a un vehículo a motor (BGH 10, 375) vid. *infra* § 17 IV 5 *in fine*.

5. La última pregunta a plantear en este contexto retorna al punto de partida de la cuestión: ¿Qué significado tiene el *tenor literal* de la Ley para la interpretación? Que el mismo es el primero a someter a prueba no lo discute nadie que conozca la praxis (BGH 3, 259 [262]: “Toda interpretación comienza con las palabras”). La duda es sólo si el sentido literal constituye también la *frontera* de la interpretación o si al Juez le está permitido prescindir de aquél cuando el “verdadero sentido de la Ley” parece ir más allá del mismo, o con otras palabras, si resulta admisible en Derecho penal la interpretación que no está apoyada en el sentido literal externo de la norma. Esto último es aceptado con frecuencia en Suiza en atención al carácter trilingüe del texto del StGB para, de este modo, evitar un entumecimiento de la jurisprudencia en torno al formalismo literal³⁰. Sin embargo, en contra de una libertad de este tipo surgen considerables objeciones³¹. El sentido de la Ley

³⁰ Especialmente en este sentido *Germann*, Methodische Grundfragen págs. 104 ss.; *el mismo*, Grundlagen pág. 79; *Waiblinger*, ZBJV 91 bis (1955) pág. 228; *Pompe*, Handboek pág. 53; *Jiménez de Asúa*, ZStW 63 (1951) págs. 181 ss.; *Schultz*, Einführung I pág. 93; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I pág. 83; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 40 ss. Vid. también las BGE 95 (1969) IV 73; 98 (1972) Ib 403.

³¹ En este sentido se pronuncia la concepción dominante en Alemania; vid. BVerfGE 47, 124; BVerfG NJW 1982, pág. 1512; BGH 3, 300 (303); *Engisch*, Einführung pág. 104; *el mismo*, Methoden págs. 62 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 1 núm. 37; *SK (Rudolphi)* § 1 núm. 29; *Baumann*, MDR 1958, pág. 394; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 157 (favorables a una limitación al significado literal “natural”); *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núm. 30; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 9 núm. 22; *LK (11.ª) (Gribbohm)* § 1 núm. 84; *Keller*, Strafrecht pág. 18; *Larenz*, Methodenlehre pág. 324; *Krey*, Studien págs. 146 ss.; *Bender*, JZ 1957, pág. 599; *Welzel*, Lehrbuch pág. 22; *Hassemer*, Tatbestand pág. 164; *Wessels*, Allg. Teil núm. 57; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre pág. 43. Mostrándose escéptico acerca del valor de este límite *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 112 nota a pie núm. 25; *el mismo*, Studienbuch pág. 43; *el mismo*, Martens-Gedächtnisschrift págs. 234 ss. (sólo “determinación relativa de la Ley penal” pág. 244); *asimismo*, BGH 40, 272 (279). Por el contrario, en los Derechos románicos se realiza un énfasis más fuerte del límite que representa el tenor literal; vid. el Código penal francés de 1994 con el mandato de “interprétation stricte” previsto en el art. 111-4; *Bettioli/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 152 ss.; *Merle/Vitu*, Traité I núm. 173 (que, sin embargo, admite que se sobrepase el límite del tenor literal en casos de “raison grave”); *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 192 (límite del tenor literal como “ámbito máximo posible”). Del mismo modo, también en Austria; vid. *Foregger*,

únicamente puede expresarse por medio de las palabras. Éstas son el material básico de la interpretación y, por ello, el **“sentido literal posible”** debe ser considerado en cualquier caso **el límite exterior** de aquélla (BVerfGE 47, 109 [120]; 64, 389 [393]; 71, 108 [114 ss.]; 73, 206 [235]; BVerfG NJW 1995, pág. 1141; BGH 4, 144 [148]; 26, 95 [96]; 37, 226 [230]³². Lo que se encuentra más allá de esta frontera es creación jurídica complementadora que metodológicamente no puede seguir llamándose interpretación. El criterio del sentido literal posible es imprescindible por motivos derivados del Estado de Derecho, puesto que ofrece el único elemento objetivo verificable que permite reconocer con seguridad dónde comienza la responsabilidad del Juez por su propia creación del Derecho.

Ejemplos: De acuerdo con lo señalado, fracasa el castigo como allanamiento de morada (§ 123) la llamada telefónica nocturna que causa molestias por el sentido literal posible del elemento “intrusión”; asimismo lo hace el castigo del golpe de una persona contra una pared como lesión corporal peligrosa (§ 223 a³³) por el sentido literal posible de “instrumento” (BGH 22, 235). Si en una Ley penal el lugar de comisión del delito es caracterizado a través del elemento “estación”, bajo el mismo no podría ser entendido también un aeropuerto (el ejemplo procede de *Blei*, Allg. Teil pág. 32). La renuncia al elemento de la posesión en el § 246 constituiría una extensión inadmisibles de la apropiación indebida. Por el contrario, la concepción del ácido clorhídrico como “arma” se mantiene en el marco del § 223 a³⁴ (BGH 1, 1 [3]).

El hecho de que en Derecho penal el sentido literal constituya el límite entre la interpretación admisible y la analogía prohibida, no significa que la primera pueda desplazarse hasta la frontera del tenor literal. Repetidas veces la formulación de un tipo penal va más allá del ámbito de aplicación querido por el legislador. En tales casos es misión del intérprete proporcionarle efectividad a la “voluntad de la Ley” por medio de una **reducción teleológica**³⁵ (adecuada al sentido de la interpretación detenida de un concepto) (BGH 11, 199 [203]; 22, 190; BGH NJW 1993, pág. 1145).

ÖJZ 1960, pág. 291; *Kunst*, JBl 1971, pág. 332; *el mismo*, Verh. d. 5. österr. Juristentags, 1973, Tomo II pág. 29; en los Países Bajos *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding pág. 62 (reconocimiento del “sentido literal posible” como límite externo de la interpretación).

³² Vid., especialmente, la BGH 10, 157 (160): “La Ley no es letra muerta, sino un espíritu vivo que se desarrolla, que progresa con las circunstancias de la vida y quiere continuar su vigencia adaptándose completamente a ellas, *en tanto que ello no haga saltar la forma en la que se ha plasmado*”. Sobre ello vid. *Krahl*, Bestimmtheitsgrundsatz págs. 220 ss.

³³ En la actualidad, la referencia a este precepto debe entenderse realizada al § 224 I 2 StGB (N del T).

³⁴ Véase la nota anterior (N del T).

³⁵ Sobre ello *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion, 1983; *Larenz*, Methodenlehre págs. 391 ss.

Ejemplos: La recepción de un billete de banco que el ladrón ha sustituido por otro robado podría ser incluida bajo el tenor literal del § 259. Una interpretación acertada supone, sin embargo, defender que la “receptación por sustitución” no cae dentro del ámbito del § 259 (BGH 9, 137 [139])³⁶. Un ejemplo adicional lo suministra la BGH 39, 36 (43).

Sólo hay que prescindir pues del sentido literal cuando existe un error en la redacción del texto de la Ley (**error de redacción**)³⁷. En la rectificación de errores de redacción puede tratarse, por una parte, de supuestos en los que el legislador ha dado una expresión demasiado estrecha a su voluntad reconocible, pasando así por alto un grupo de casos (“lex minus dixit queam voluit”) (BGH 1, 47 [49 ss.]; 6, 394 [396]). Por otra, también es imaginable que el tenor literal de la Ley no coincida con la voluntad del legislador porque los hechos regulados hayan seguido evolucionando hacia nuevas circunstancias que superan a aquéllos (BGH 10, 375 sobre la aplicación del elemento “vehículo con enganche animal” a vehículos de motor; vid., además, RG 39, 183; 47, 404 [407]). Quien admite la rectificación de “errores de redacción secundarios” de esta naturaleza, sencillamente se aproxima a la opinión aquí rechazada que por lo general no quiere hacer valer al texto de la Ley como límite interpretativo. No obstante, existe una diferencia esencial en la medida en que, de todas formas, debe ser demostrable un cambio de las circunstancias externas como fundamento para la rectificación del tenor literal antes de que la interpretación pueda dar ese último paso³⁸.

Capítulo 4: El ámbito de vigencia del Derecho penal alemán

El complejo global del ámbito de vigencia del Derecho penal alemán se divide en *tres círculos de problemas*: el primero de ellos se refiere a la cuestión de si unos hechos que evidencian relaciones con un Ordenamiento jurídico extranjero están o no sometidos al poder punitivo alemán; a esta parte se la denomina el “*Derecho penal internacional*” (vid. *infra* § 18). En segundo lugar, nos encontra-

³⁶ Vid. *Stree*, JuS 1961, pág. 50. Sobre el estado de la discusión *Schönke/Schröder/Eser*, § 259 núm. 14.

³⁷ Sobre la justificación de la toma en consideración en la actividad interpretativa de los errores de redacción y el recurso a la voluntad del legislador vid. *Jahr*, *Arthur Kaufmann-Festschrift* págs. 154 ss.

³⁸ Se muestra sin embargo favorable al mantenimiento riguroso del límite que constituye el tenor literal *Lackner* *Heidelberger Festschrift* págs. 58.

mos con privilegios de determinados grupos de personas que están sustraídas al poder punitivo estatal por motivos derivados de la Constitución o del Derecho internacional; en estos supuestos puede hablarse del “*ámbito de vigencia personal*” del Derecho penal (vid. *infra* § 19). Finalmente, surge el problema de qué Derecho penal es aplicable cuando en diversas partes del mismo ámbito jurídico, rigen distintas leyes penales a tener en cuenta en el enjuiciamiento de un hecho; este círculo de problemas se denomina “*Derecho penal interlocal*” (vid. *infra* § 20).

§ 18 El ámbito de vigencia internacional

Actes du VIII Congrès International de Droit Pénal, Lisbonne 1961, 1965; Actes du IX Congrès International de Droit Pénal, La Haye 1964, 1968; *Arendt*, Die Anwendung des Weltrechtsprinzips auf unbefugten Betäubungsmittelvertrieb, Zeitschr. f. Zölle und Verbrauchssteuern 1979, pág. 268; *Bauer*, Die völkerrechtswidrige Entführung, 1968; *Bergmann*, Der Begehungsort im internationalen Strafrecht usw., 1966; *Clark*, Criminal jurisdiction over merchant vessels Journal of Maritime Law and Commerce 11 (1980) pág. 219; *Cornils*, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht usw., 1978; *Dahm*, Völkerrecht, Tomo I, 1958; *Dahm*, Völkerrecht, Tomo I, 1958; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht Tomo I/1, 2.^a Ed. 1989; *Dausen*, Der gegenwärtige Stand des Weltraumrechts, NJW 1973, pág. 172; *Donnedieu de Vabres*, Les principes modernes du droit pénal international, 1928; *Drost*, Völkerrechtliche Grenzen für den Anwendungsbereich staatlicher Strafnormen, Niemeyers Zeitschrift für internat. Recht 43 (1930 — 31) pág. 111; *Duk*, Collaboration au sein du Benelux usw., Recueil d'études en hommage à J. M. van Bemmelen, 1965, pág. 137; *Eder*, Die Entwicklung der Bestimmungen über das internationale Strifrecht in den deutschen Entwürfen, Diss. Freiburg 1960; *Enschedé*, La compétence personnelle dans les législations de l'Europe occidentale, Recueil d'études en hommage à J. M. van Bemmelen, 1965, pág. 38; *Eser*, Die Entwicklung des Internationalen Strafrechts, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1353; *el mismo*, Grundlagen und Grenzen “stellvertretender Strafrechtspflege” (§ 7 II núm. 2 StGB), JZ 1993, pág. 875; *Falck*, Strafrätt och territorium, 1976; *Feller*, Jurisdiction over offenses with a foreign element, en: *Bassiouni/Nanda* (Eds.), International Criminal Law, Tomo II, 1973, pág. 5; *Frowein*, Verfassungsrechtliche Probleme um den deutschen Festlandsockel, ZaöRV 25 (1965) pág. 1; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Gardocki* “Über den Begriff des Internationalen Strafrechts”, ZStW 98 (1986) pág. 703; *George*, Extraterritorial Application of Penal Legislation, MichLR 64 (1965 — 66) pág. 609; *el mismo*, Jurisdiction, Encyclopedia of Crime and Justice, Tomo 3, 1983, pág. 922; *Germann*, Rechtsstaatliche Schranken im internationalen Strafrecht, SchwZStr 69 (1954) pág. 237; *Glaser*, Droit international pénal conventionnel, 1970; *Granitza*, Die Dogmengeschichte des internationalen Strafrechts, Diss. Freiburg 1961; *Grützner*, Die zwischenstaatliche Anerkennung europäischer Strafurteile,

NJW 1969, pág. 345; *el mismo*, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, desde 1955 hasta el fascículo núm. 22 (1975) ed. por Pötz, desde 1982 2.^a Ed.; Gündling, Küstengewässer, Ergänzbare Lexikon des Rechts, 1985, 4/640; v. Hammerstein, Die Wirkung ausländischer Strafurteile im Inland, Diss. Freiburg 1964; Hegler, Prinzipien des internationalen Strafrechts, Strafr. Abh. Fascículo núm. 67, 1906; *el mismo*, Fragen des internationalen Strafrechts, E 1927, Anlage I, pág. 5; Henrich, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, 1994; Heymann/Gershengorn, Pursuing Justice, Respecting Law, en: Eser/Lagodny (Eds.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, 1992, pág. 101; Herndl, The Lotus, Encyclopedia of Public International Law, fascículo 2.^o, 1981, pág. 173; Hulsman, Transmission des poursuites pénales usw., Recuell d'études en hommage à J. M. van Bemmelen, 1965, pág. 108; Institut d'études européennes de l'Univ. libre de Bruxelles (Ed.), Droit pénal européen, 1970; Jescheck, Zur Reform der Vorschriften des StGB über das internationale Strafrecht, IRuD 1956, pág. 75; *el mismo*, Straftaten gegen das Ausland, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 275; *el mismo*, Die an Bord von Luftfahrzeugen begangenen Straftaten und ihre Rechtsfolgen, Deutsche Beiträge zum VII. Intern. Strafrechtskongreß in Athen, 1957, pág. 195; *el mismo*, Strafrecht, internationales, WVR, Tomo III, 1962, pág. 396; *el mismo*, Die Vollstreckung ausländischer Straferkenntnisse, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 325; *el mismo*, Die internationalen Wirkungen der Strafurteile, ZStW 76 (1964) pág. 172; *el mismo*, Lo stato attuale del diritto penale europeo, en: Prospettive per un diritto penale europeo, 1968, pág. 323; *el mismo*, L'influence du droit européen sur le développement du droit pénal allemand, en: En hommage à Jean Constant, 1971, pág. 119; *el mismo*, Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 579; *el mismo*, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 683; *el mismo*, L'application de la Convention d'extradition par les tribunaux allemands, Mélanges G. Levasseur, 1992, pág. 329; Johannes, Das Strafrecht im Bereich der Europäischen Gemeinschaften, Europarecht 1968, pág. 63; *el mismo*, Zur Angleichung des Straf— und Strafprozeßrechts in der EWG, ZStW 83 (1971) pág. 531; Jung, Die Inlandsteilnahme an ausländischer straffloser Haupttat, JZ 1979, pág. 325; *el mismo*, Zur Internationalisierung des Grundsatzes "ne bis in idem", Festschrift für H. Schüler-Springorum, 1993, pág. 493; Kielwein, Zum gegenwärtigen Stand einer internationalen Kriminalpolitik, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 95; Klages, Meeresumweltschutz und Strafrecht, 1989; Kohler, Internationales Strafrecht, 1917; Kokott/Gündling, Die Erweiterung der deutschen Küstengewässer in der Nordsee, ZaöRV 45 (1985) pág. 675; Langemeijer, Le principe de territorialité, Recuell d'études en hommage à J. M. van Bemmelen, 1965, pág. 17; Langrock, Der besondere Anwendungsbereich der Vorschriften über die Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, 1972; Lenzen, Das Mitführen von Waffen durch ausländische Sicherheitsbeamte in deutschen Luftfahrzeugen, JR 1983, pág. 181; Haidong Li, Die Prinzipien des internationalen Strafrechts, 1991; Liebscher, Die neue Struktur des Internationalen Strafrechts usw., JBl 1974, pág. 393; Lüttger, Methodik und

Dogmatik des Strafschutzes für nichtdeutsche öffentliche Rechtsgüter, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 121; *Makarov*, Betrachtungen zum internationalen Strafrecht, Festschrift für E. Kern, 1968, pág. 253; *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, 1989; *v. Martitz*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 1. Abteilung, 1888; *Mendelssohn Bartholdy*, Das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes, VDA, Tomo VI, pág. 85; *A. Meyer*, Strafbare Handlungen an Bord von Luftfahrzeugen, ZfL 1958, pág. 87; *derselbe*, Straftaten im Weltraum, Festschrift für D. Karanikas, 1966, pág. 219; *F. Münch*, Küstengewässer, WVR, Tomo II, 1961, pág. 388; *el mismo*, Artificial Islands and Installations, Encyclopeia of Public International Law, Tomo I, 1992, pág. 268; *I. v. Münch*, Cutting-Fall, WVR, Tomo I, 1960, pág. 305; *Müller-Rappard/Bassiouni* (Edrs.), European Inter-State Cooperation in Criminal Matters, 2.^a Ed. Tomo I, 1991; *Nowakowski*, Zum Problemkreis der Geltungsbereiche, Österr. Zeitschrift für öffentl. Recht 6 (1955) pág. 10; *el mismo*, Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze, JZ 1971, pág. 633; *Oehler*, Die Grenzen des aktiven Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 83; *el mismo*, Zur Ausbildung von Frankreichs Internationalem Strafrecht in der Neuzeit, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 289; *el mismo*, Theorie des Strafanwendungsrechts, Geburtstagsgabe für H. Grützner, 1970, pág. 110; *el mismo*, Das Territorialitätsprinzip, Deutsche strafr. Landesreferate zum VIII. Int. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1971, pág. 48; *el mismo*, Das deutsche Strafrecht und die Piratensender, 1970; *el mismo*, Internationales Strafrecht, 2.^a Ed. Auflage 1983; *el mismo*, Neuerer Wandel in den Bestimmungen über den strafrechtlichen Geltungsbereich in den völkerrechtlichen Verträgen, Festschrift für K. Carstens, 1984, Tomo I, pág. 435; *el mismo*, Fragen zum Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1399; *el mismo*, Souveränität der Staaten und kriminalpolitische Tendenzen, en: *Bundeskriminalarnt* (Ed.), Internationale Verbrechensbekämpfung, 1985, pág. 117; *Pabsch*, Der strafrechtliche Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt, 1965; *Reschke*, Der Schutz ausländischer Rechtsgüter durch das Strafrecht, Diss. Freiburg 1962; Research in International Law of the Harvard Law School, Jurisdiction with Respect to Crime, AJIL 29 (1935) Supágs., Part II, pág. 435; *Rosswog*, Das Problem der Vereinbarkeit des aktiven und passiven Personalgrundsatzes mit dem Völkerrecht, 1965; *Rozakis*, Continental Shelf, Encyclopedia of Public International Law, Tomo I, 1992, pág. 783; *Rüping*, Die völkerrechtliche Immunität im Strafverfahren, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 397; *Rüter/Vogler*, Die Bekämpfung der internationalen Drogenkriminalität usw., JR 1988, págs. 136 y 139; *Rumpf*, Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik, 1969; *Samson*, Die öffentliche Aufforderung zur Fahnenflucht an NATO-Soldaten, JZ 1969, pág. 258; *Schlüchter*, Zur teleologischen Reduktion im Rahmen des Territorialprinzips, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 307; *Schmidt-Räntsch*, Die internationale Luftrechtskonferenz in Tokio, en: *A. Meyer* (Ed.), Internationale Luftfahrtabkommen, Tomo V, 1964, pág. 330; *el mismo*, Die internationale Luftrechtskonferenz usw., ZLW 20 (1971) pág. 63; *Schnorr v. Carolsfeld*, Die

mitbestrafte Nachrat im Internationalen Strafrecht, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 765; *Scholten*, Die Bedeutung des § 7 StGB für die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes, ZRP 1992, pág. 476; *Schröder*, Die Teilnahme im internationalen Strafrecht, ZStW 61 (1942) pág. 57; *Schroeder*, Der "räumliche Geltungsbereich" der Strafgesetze, GA 1968, pág. 353; *el mismo*, Schranken für den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts, NJW 1969, pág. 81; *Schultz*, Das schweizerische Auslieferungsrecht, 1953; *el mismo*, Bemerkungen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht im Strafrecht, Schweiz. Jahrb. f. internat. Recht XIX (1962) pág. 9; *el mismo*, Neue Entwicklungen im sogenannten internationalen Strafrecht, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 305; *el mismo*, Neue Probleme des internationalen Strafrechts, SchwjZ 1964, pág. 81; *el mismo*, Zur Regelung des räumlichen Geltungsbereichs durch den E 1962, GA 1966, pág. 193; *el mismo*, Internationalstrafrechtliche Spiele, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 895; *de Schutter*, Mutual Assistance in Criminal Matters between the Benelux Countries, Netherlands International Law Review 1967, pág. 382; *Shearer*, Extradition in International Law, 1971; *Silving*, In re Eichmann: A Dilemma of Law and Morality, AJIL 55 (1961) pág. 307; *Staubach*, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter, 1964; *Tiedemann*, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, Festschrift für H.-H. Jescheck Tomo II, 1985, pág. 1411; *el mismo*, Der Strafschutz der Finanzinteressen der EG, 1990, p. 2226; *el mismo*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, pág. 23; *Travers*, Le droit pénal international et sa mise en oeuvre en temps de paix et en temps de guerre, Tomo I, 1920; *Uhlig/Schomburg/Lagodny*, IRG, 2.^a Ed. 1992; *Vogler*, Die Tätigkeit des Europarats auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW 79 (1967) pág. 371; *el mismo*, Die Europäischen Übereinkommen über die Auslieferung und die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen, ZStW 80 (1968) pág. 480; *el mismo*, Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze, Geburtstagsgabe für H. Grützner, 1970, pág. 149; *el mismo*, Entwicklungstendenzen im internationalen Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 595; *el mismo*, Immunität, Extraterritorialität und Asylrecht im internationalen Strafrecht, ZStW 92 (1980) pág. 1021; *el mismo*, Zur Rechtshilfe durch Vollstreckung ausländischer Strafurteile, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1379; *el mismo*, Strafprozessuale Wirkungen völkerrechtswidriger Entführungen usw., Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 379; *el mismo*, Die strafrechtlichen Konventionen des Europarats, Jura 1992, pág. 586; *Vogler/Wilkitzki*, Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG). Comentario en los fascículos posteriores a 1992; *Vogts*, Minimum Standard, Encyclopedia of Public International Law, fascículo 8.º, 1985, pág. 382; *v. Weber*, Der Schutz fremdländischer staatlicher Interessen im Strafrecht, Festgabe für R.v.Frank, Tomo II, 1930, pág. 269; *el mismo*, Das passive Personalitätsprinzip, Deutsche Landesreferate zum III. Internat. Kongreß f. Rechtsvergleichung, 1950, pág. 894; *el mismo*, Internationales Luftstrafrecht, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 111; *Wegner*, Über den Geltungsbereich des staatlichen Strafrechts, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 98; *Wengler*, Völkerrecht, Tomo II, 1964; *el mismo*, Völkerrechtliche Schranken des Anwendungsbereichs von

Strafgesetzen, JZ 1977, pág. 257; *van den Wijngaert*, L' "espace judiciaire européen" usw., Rev dr pén crim 61 (1981) págs. 511 ss.; *Wille*, Die Verfolgung strafbarer Handlungen an Bord von Schiffen und Luftfahrzeugen, 1974; *Witzsch*, Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der US-Streitkräfte, 1970; *Wolfrum/Klemm*, Antarctica, Encyclopedia of International Public Law, Tomo I, 1992, pág. 173; *Zieher*, Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform, 1977; *Zlataria*, Erwägungen zum Abkommen über strafbare Handlungen an Bord von Luftfahrzeugen, Geburtstagsgabe für H. Grützner, 1970, pág. 160.

Vid., además, *de Schutter*, Bibliography of International Criminal Law, 1972.

I. Concepto, límites e ideas fundamentales del Derecho penal internacional

1. El Derecho penal internacional regula la cuestión de si están igualmente sometidos al **poder punitivo propio** (vid. *supra* § 2 I 2) aquellos hechos que evidencian un impacto internacional en atención a la nacionalidad del autor, a la del ofendido o por el país extranjero en que aquéllos se cometen. Poder punitivo propio significa legitimidad penal en el sentido de que el Estado tiene competencia para intervenir penalmente, en relación a una acción determinada, tanto frente al autor como frente a otros Estados¹. En otro caso, el Estado no es competente para incoar un proceso penal contra el acusado puesto que desde un primer momento su Ordenamiento jurídico no entra en consideración². Si el poder punitivo del propio Estado comprueba la existencia de determinados hechos, únicamente podrá seguir investigándolos si para ellos resulta aplicable el *Derecho penal material propio* o si, para el caso de que se trate, el Derecho propio se remite al Derecho penal de otro Estado lo que, aunque en raras ocasiones, también puede suceder (vid. art. 6 I 2 schweiz. StGB). Más exactamente, en las reglas del Derecho penal internacional no se trata en un primer plano del ámbito de aplicación del orden punitivo material propio, sino de un problema previo a esta cuestión como es la extensión del poder punitivo estatal cuya existencia también puede expresarse a través de la remisión a otro Derecho³. Ya en un segundo plano se encuentran las

¹ Para más detalles *Binding*, Handbuch pág. 374; *Schultz*, Auslieferungsrecht pág. 34; *Jescheck*, WVR Tomo III pág. 396; *Schroeder*, GA 1968, pág. 354.

² Vid. *Mendelssohn Bartholdy*, VDA Tomo VI pág. 86 nota a pie núm. 1.

³ Así, sobre todo, *Schultz*, GA 1966, pág. 194; de acuerdo *Eser*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1358; *LK* (10.^a) (*Tröndle*) nota preliminar núm. 2 antes del § 3; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 2; *Vogler*, Maurach-Festschrift pág. 602; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 1 antes de los §§ 3 — 7. Dubitativo *Jakobs*, Allg. Teil 5/11. Con frecuencia, tan sólo se menciona

normas de aplicación del Derecho penal como parte del ordenamiento punitivo internacional. En Alemania, este último parte del presupuesto de que las autoridades de justicia alemanas aplican *exclusivamente* Derecho penal alemán. Pero en determinados casos también podría ordenarse la aplicación de Derecho penal extranjero por lo que entonces, al igual que en Derecho privado internacional, existiría un *Derecho de colisión*.

La *aplicación del Derecho penal extranjero* por los jueces nacionales, tal y como ocurría anteriormente en el Derecho penal alemán (vid. § 4 II en su redacción de 1934) para hechos cometidos fuera del país por extranjeros nacionalizados con posterioridad (los denominados nuevos ciudadanos), tiene la ventaja de que para estos hechos entra en acción el Ordenamiento jurídico que se encuentra más cercano a ellos⁴. De acuerdo con el Derecho vigente, la toma en consideración de las normas punitivas extranjeras sólo es posible en el marco de la determinación de la pena. Además, se puede renunciar a la persecución de un delito cometido en otro país y sometido al poder punitivo alemán cuando su castigo se muestra aquí innecesario (§ 153 c I núm. 1 StPO). No obstante, en el enjuiciamiento conforme al Derecho penal nacional de hechos cometidos en el exterior también pueden jugar un cierto papel las proposiciones jurídicas extranjeras, siempre que no pertenezcan a la materia del "Derecho penal"⁵. Se trata sobre todo de casos en los que el autor ha actuado dentro del país y el resultado acaece fuera del mismo (delitos nacionales cometidos a distancia), así como de aquellos otros en los que desde territorio alemán se participa en un hecho principal ajeno cuya ejecución se desarrolla exclusivamente en el extranjero. En ambos grupos de casos, de acuerdo con los apartados I y II del § 9, hay que aplicar el Derecho penal nacional incluso aunque el propio Derecho extranjero considere que el hecho es impune, justificado o disculpable (vid. *infra* § 18 IV 2b, 3). Asimismo, para la participación

el segundo punto de vista; así, por ejemplo, en *Blei*, Allg. Teil págs. 42 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 123 ss.; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 1 antes del § 3; *AK (Hassemer)* nota preliminar núm. 1 antes del § 1. Defienden un concepto amplio de Derecho penal internacional *Jescheck*, *Maurach-Festschrift* págs. 579 ss. y *Gardocki*, ZStW 98 (1986) págs. 703 ss.

⁴ Vid. sobre ello las negociaciones de la IV. Sektion des VIII Congrès international de droit pénal, Lisbonne 1961, Actes du Congrès págs. 511 ss. así como la resolución del mismo en ZStW 74 (1962) págs. 195 ss., en la que se aconseja la aplicación del Derecho penal extranjero a las acciones punibles cometidas fuera de los países nacionales. Con detenimiento sobre ello, *Staubach*, Anwendung ausländischen Strafrechts págs. 196 ss.; además, *Eser*, *Jescheck-Festschrift* Tomo II pág. 1376. Rechaza esta opción *Oehler*, *Grützner-Geburtsaeseabe* págs. 124 ss. La aplicación del Derecho penal extranjero fue facilitada a través del Protocolo adicional de 15.3.1978 del Convenio Europeo sobre información de Derecho extranjero (BGBl. 1987 II S. 58), con la obligación por parte de los Estados de comunicar información sobre su Derecho penal, procesal penal, organización judicial, Derecho de ejecución y Derecho penitenciario.

⁵ *Nowakowski*, JZ 1971, págs. 633 ss. Sobre la dependencia de la punibilidad de una cuestión previa a enjuiciar según el Derecho civil extranjero vid. RG 27, 135.

desde territorio alemán en un delito perpetrado fuera del mismo puede prescindirse de su persecución penal de conformidad con el § 153 c I núm. 1 StPO. Esta disposición debería ser aplicada analógicamente a los delitos nacionales cometidos a distancia⁶. Por lo demás, en el supuesto de ausencia de tipicidad del hecho en el extranjero hay que recurrir de aquí en adelante al razonamiento jurídico que inspiraba al § 3 II en su redacción anterior, a cuyo tenor, decae la punibilidad “cuando el hecho no es constitutivo de ningún injusto merecedor de pena a causa de las circunstancias especiales del lugar de comisión”⁷ (vid. la 2.^a Ed. de esta obra págs. 135 ss.). Por último, para estos casos el Derecho extranjero es tenido en cuenta para la interpretación de muchos elementos típicos (por ejemplo, “niño”, “cosa ajena”, “pariente”), para la determinación del deber de garante en los delitos de omisión impropia, así como para las causas de justificación y de exculpación (dudosa se muestra la OLG Köln, MDR 1973, pág. 688)⁸.

2. La decisión acerca de los límites del poder punitivo nacional compete a cada Estado soberano (**competencia de los Estados sobre su propia competencia**)⁹. En este límite fronterizo el Estado debe observar las pertinentes reglas del Derecho internacional, pues éste confía a los Estados de modo ampliamente discrecional (“pouvoir discrétionnaire”) la configuración concreta del Derecho penal internacional. Sin embargo, ningún Estado debería atribuirse un poder punitivo para hechos que no evidencien relación alguna con los legítimos intereses de su Administración de Justicia; a ello se opondría la *prohibición de abuso del Derecho* procedente del Derecho internacional general¹⁰. El Derecho penal internacional pertenece al Derecho *estatal* y no al internacional, a pesar de que en él se contienen normas para la aplicación del poder punitivo propio a extranjeros y a hechos cometidos fuera del país, así como aquellas que se dirigen a la protección penal de bienes jurídicos de otros Estados¹¹.

⁶ Kleinknecht/Meyer-Göfner, § 153c StPO núm. 3 limita no obstante el precepto a los casos en los que tanto la actividad como el resultado tienen lugar en el extranjero.

⁷ En este sentido, acertadamente, SK (Samson) § 9 núm. 20.

⁸ Vid., con profundidad al respecto, Cornils, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht usw., 1978.

⁹ v. Martitz, Rechtshilfe Tomo I pág. 43; Binding, Handbuch pág. 372; Hegler, Prinzipien págs. 44 ss.; Donnedieu de Vabres, Principes pág. 3; Oehler, Internationales Strafrecht pág. 127 (mostrándose crítico).

¹⁰ La postura de Mendelssohn Bartholdy VDA Tomo VI pág. 164, de que en este ámbito el Derecho internacional carece de competencias está ya superada. Y así, Wegner, Frank-Festgabe Tomo I pág. 102, ya diferencia con acierto en todas las cuestiones del Derecho penal internacional “un aspecto jurídico-estatal (penal) y otro jurídico-internacional”. En el mismo sentido del texto Schroeder, NJW 1969, pág. 81; Oehler, Grützner-Geburtstagsgabe págs. 110 ss.; *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 123 ss.

¹¹ Sobre la cuestión vid. Makarov, Kern-Festschrift pág. 257.

3. Distinta del problema sobre los límites del poder punitivo estatal es la cuestión relativa a si también la **soberanía de la jurisdicción penal interna** rige frente a determinadas categorías de extranjeros, o de nacionales en cierta clase de delitos con trascendencia internacional¹². La primera pregunta pertenece al Derecho penal material internacional y la segunda al Derecho procesal internacional. Por regla general el poder punitivo y la jurisdicción penal coinciden, puesto que cada Estado aspira a hacer realidad el primero a través de sus propios tribunales aunque sólo sea porque es responsable internacionalmente del orden público en el ámbito de su soberanía. Pero existen excepciones a esta regla en la medida en que los Estados, a través de tratados internacionales, hayan convenido una limitación de su jurisdicción penal pero manteniendo por principio su poder punitivo material¹³.

Ejemplos: Según el art. 3 II del Tratado sobre la regulación de cuestiones surgidas en la guerra y la ocupación de 26.5.1952 (Tratado para la transmisión de poderes) (BGBl. 1955 II pág. 405), decae la soberanía de la jurisdicción penal alemana en relación a todas las acciones que, en el momento de la entrada en vigor del Tratado, estaban excluidas según el Derecho de la ocupación (BGH 21, 29 [33]). La regulación del aspecto jurisdiccional en el art. VII del Estatuto de las Tropas de la OTAN de 19.6.1951 (BGBl. 1961 II pág. 1190)¹⁴, deja intacto el poder punitivo material de los Estados signatarios tal y como se deduce de la posibilidad de renuncia a su competencia jurisdiccional en beneficio de una de las partes¹⁵. En el art. 19 del Acuerdo adicional de 3.8.1959 (BGBl. 1961 II pág. 1218) la República Federal ha consentido una amplia limitación de su jurisdicción penal en relación con las tropas asentadas en su territorio pero, de conformidad con el apartado tercero del precepto recién citado en conexión con el art. 3 de la Ley de 18.8.1961 (BGBl. II pág. 1183), para el caso concreto la Fiscalía alemana posee aquí también la posibilidad de revocar la renuncia general de la República Federal, pudiendo de este modo llevar a cabo el proceso sobre la base de su poder punitivo subsistente (BGH 30, 377). Vid., además, *infra* § 19 III 1c.

4. La cuestión relativa al ámbito de efectividad internacional del poder punitivo debe diferenciarse claramente del principio de Derecho internacional,

¹² A favor de la separación entre "soberanía del Derecho penal" y "soberanía jurisdiccional" (*Schultz*) por ejemplo, v. *Martitz*, *Rechtshilfe* Tomo I pág. 427; *Mendelssohn Bartholdy*, VDA Tomo VI pág. 106; *Hegler*, *Prinzipien* págs. 3 ss.; *Schultz*, *Auslieferungsrecht* pág. 36; *el mismo*, *SchwJZ* 1964, pág. 83; *Zlataria*, *Grützner-Geburtstagsgabe* pág. 164; *Feller*, *Jurisdiction* págs. 9 ss.

¹³ *Witzsch*, *Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der US-Streitkräfte*, 1970.

¹⁴ Al respecto, *Rumpf*, *Truppenstationierung* págs. 23 ss.

¹⁵ Igualmente, *Oehler*, *Internationales Strafrecht* pág. 409; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 11 núm. 44; *Rüping*, *Kleinknecht-Festschrift* pág. 406; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 22 antes del § 3; de otra opinión (exención jurídico-material) *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 42 antes de los §§ 3-7.

según el cual, ningún Estado puede desarrollar **actos de soberanía en territorio extranjero**, a no ser que excepcionalmente (por ejemplo, como fuerza de ocupación según el art. 43 Haager LKO o en base a la conformidad del Estado afectado) se encuentre autorizado para ello¹⁶. El Derecho penal internacional no concede a ningún órgano estatal la competencia para intervenir activamente en un territorio soberano estatal que es ajeno. Por el contrario, los *efectos* derivados del ejercicio legítimo del poder punitivo interno sobre los extranjeros y los hechos cometidos en el exterior, deben ser tolerados por cada Estado¹⁷:

Ejemplo: En el caso Eichmann (1960), con independencia de la existencia del poder punitivo de Israel, fue ilegal su detención al practicarse por funcionarios del servicio secreto israelí en territorio argentino, de ahí que, aunque simbólica, Israel quedara obligada a dar satisfacción a Argentina. La condena posterior de Eichmann en Jerusalén fue justificada a través de una disposición especial del Derecho penal internacional israelí¹⁸.

5. Las reglas del Derecho penal internacional se reducen a diversas **ideas fundamentales**: el mantenimiento del orden público estatal interior¹⁹, la vinculación de las propias autoridades estatales en el extranjero a su Derecho de origen²⁰, la protección del cuadro de bienes jurídicos nacionales²¹, la solidaridad en la lucha contra el delito como misión cultural común a toda la Humanidad²², la ausencia de lagunas en el poder punitivo estatal dentro y fuera de las fronteras nacionales y la mayor Justicia posible en el tratamiento del caso concreto. Es una cuestión de los Estados la medida en que quieran poner el acento en cada uno de los supuestos, aunque no pueden proceder de modo completamente autocrático al tener que

¹⁶ Vid., para más detalles, *Dahm*, Völkerrecht Tomo I págs. 250 ss.

¹⁷ Vid., más detenidamente, *Dahm*, Völkerrecht Tomo I págs. 256 ss. Por ello, carecen de justificación las críticas holandesas a la aplicación del principio de justicia universal (§ 6 núm. 5) a la venta de sustancias estupefacientes realizada por un holandés a un alemán en territorio holandés (BGH 27, 30).

¹⁸ Vid., más en detalle, *Silving*, AJIL 55 (1961) págs. 311 ss.; *Bauer*, Entführung págs. 180 s. Con carácter general sobre los casos de secuestro *Vogler*, *Oehler-Festschrift* págs. 379 ss.

¹⁹ *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 130 ss.; *LK* (10.^a) (*Tröndle*) nota preliminar núm. 3 antes del § 3; *AK* (*Hassemer*) nota preliminar núm. 5 antes del § 3.

²⁰ Con el ejemplo derivado del nacional-socialismo se demuestra cómo esta idea puede conducir también a la politización del Derecho penal internacional, vid. *Granitzka*, *Dogmengeschichte* págs. 133 ss.

²¹ Esta idea se encuentra ya en un primer plano en *Binding*, *Handbuch* pág. 391; *Travers*, *Droit pénal international* Tomo I pág. 11; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil* I § 11 núm. 5.

²² Sobre todo en la dirección apuntada, *Kohler*, *Internationales Strafrecht* pág. 2; *Donnedieu de Vabres*, *Principes* pág. 7; *Oehler*, *Grützner-Geburtstagsgabe* pág. 115; *el mismo*, *Internationales Strafrecht* págs. 137 ss.

respetar los intereses de otros países en el mantenimiento de su Ordenamiento jurídico y en la protección de sus nacionales²³. Por ello, la idea de una convención sobre Derecho penal internacional está cercana y ocupa desde hace tiempo al Consejo de Europa²⁴. El resultado provisional en este punto es la "Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters" de 15.5.1972 (European Treaty Series núm. 73) que, en lugar de una fijación rígida de prioridades, expone un sistema flexible de deberes para la aceptación de la persecución penal²⁵, así como el Acuerdo europeo sobre validez internacional de sentencias penales de 28.5.1970 (European Treaty Series núm. 70). Los §§ 48 ss. IRG posibilitan ya la cooperación jurídica prevista en éste y otros acuerdos a través de la ejecución de sentencias penales extranjeras²⁶.

II. Los principios del Derecho penal internacional

Para el ejercicio del poder punitivo por parte de un Estado con vistas a los casos que poseen una relación internacional, debe existir siempre un "*punto de conexión razonable*"²⁷ que vincule a los hechos con las funciones de ordenación del propio poder punitivo. A estos puntos de conexión se les denomina tradicionalmente como "**principios del Derecho penal internacional**"²⁸. En la exposición

²³ Vid. *Drost*, Niemeyers Zeitschrift 43 (1930-31) pág. 131; *Dahm*, Völkerrecht Tomo I pág. 260; *v. Martitz*, Rechtshilfe pág. 47.

²⁴ Un importante trabajo preparatorio fue elaborado por Harvard Research in International Law "Jurisdiction with Respect to Crime", AJIL 29 (1935) Supágs. Part. II págs. 435 ss.; vid., además, *Hegler*, Fragen des internationalen Strafrechts, E 1927 Anexo I págs. 5 ss. Una regulación convencional del Derecho penal internacional para los Estados sudamericanos estaba ya contenida en el Código de Bustamante de 1928, AJIL 29 (1935) Supágs. pág. 642 y el Tratado de Montevideo de 1940, AJIL 37/38 (1943/44) Supágs. pág. 122. Acerca de la cooperación de los Estados del Benelux vid. *de Schutter*, Netherlands International Law Review 1967, págs. 397 ss.; *Duk*, Recuell d'études van Bemmelen págs. 137 ss. Sobre otros tratados internacionales dirigidos a la regulación del poder punitivo vid. *Jescheck*, Maurach-Festschrift págs. 582 ss.

²⁵ Vid. *Hulsman*, Recuell d'études van Bemmelen págs. 128 ss.; *Vogler*, Maurach-Festschrift págs. 609 ss.

²⁶ Al respecto, *Oehler*, ZStW 96 (1984) págs. 578 ss.; *Vogler*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1379 ss.; *Uhlig/Schomburg/Lagodny*, IRG, antes del § 48 núms. 1 ss.; *Vogler/Wilkitzki*, IRG, antes del § 48 (*Vogler*).

²⁷ Así, *Nowakowski* Österr. Zeitschrift für öffentl. Recht 6 (1955) pág. 20; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 123 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 5/5; vid. también *Schultz*, Schweiz. Jahrb. f. int. Recht XIX (1962) págs. 11 ss.; *el mismo*, Tröndle-Festschrift págs. 895 ss. Sobre los mecanismos que resuelven la colisión de Derechos en Derecho internacional vid. *Li*, Prinzipien págs. 225 ss.

²⁸ Vid. *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 130 ss.; *Feller*, Jurisdiction págs. 17 ss.

individualizada de los mismos que llevaremos a cabo a continuación, debe tenerse siempre presente que el Derecho penal internacional de los Estados no se basa sólo en uno de estos puntos de conexión sino en una *combinación* de diversos de ellos.

1. Según el **principio de territorialidad** un Estado puede someter a su poder punitivo todas las acciones que son cometidas en su propio territorio nacional, aún cuando el autor de las mismas sea extranjero (en relación con el lugar de comisión del delito vid. *infra* § 18 IV). Este principio es el punto de conexión fundamental del Derecho penal internacional porque la delimitación territorial se corresponde con los principios de soberanía territorial, independencia e igualdad de los Estados soberanos²⁹. También la Justicia del caso concreto y el principio de economía procesal hablan por lo general a favor del principio de territorialidad, puesto que la práctica de las pruebas en el lugar del hecho promete resultados fiables. Por estas razones también se encuentra completamente reconocido en Derecho internacional y la mayoría de los Estados parten del mismo en la regulación de su Derecho penal internacional³⁰. La República Federal de Alemania ha retornado al principio de territorialidad con el § 3 a través de la redacción operada en el año 1975 (vid. *infra* § 18 III 1).

Sin embargo, el principio de territorialidad no debe ser entendido en un sentido excluyente. La concepción impuesta por los EE.UU en el caso "Cutting"³¹ contra Méjico y que, incluso ocasionalmente, ha sido aceptada por Gran Bretaña, de que los Estados, prescindiendo de excepciones rigurosamente delimitadas, *no podrían* extender su poder punitivo a acciones que han sido cometidas fuera de su territorio soberano por razones de Derecho internacional, resulta sencillamente insostenible³².

²⁹ Así, especialmente, *Germann*, SchwZStr 69 (1954) pág. 240; *Langemeijer*, Recueil d'études vanBemmelen págs. 22 ss.; *Oehler*, VIII. Int. Kongreß für Rechtsvergleichung págs. 50 ss.; *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 155 ss.

³⁰ Vid. *Oehler*, Engisch-Festschrift págs. 289 ss. acerca de Francia (asimismo, Code pénal 1994 Art. 113-2); *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 161 ss. (en relación con el círculo jurídico anglo-americano); *Langemeijer*, Recueil d'études van Bemmelen págs. 18 ss.; *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 174 ss.; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 221; *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 197 ss. Acerca del Derecho austríaco en profundidad, *Liebscher*, JBl 1974, págs. 393 ss.; *WK (Liebscher)* nota preliminar núm. 24 antes del § 2.

³¹ Sobre esta cuestión vid. *I. v. Münch*, WVR Tomo I pág. 305; *Rosßwog*, Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht págs. 71 ss.

³² En la actualidad los Estados anglo-americanos se limitan todavía, aunque prescindiendo de algunas excepciones, al castigo de los delitos que se cometen en sus territorios nacionales, sobre ello vid. *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 161 ss.; *George*, MichLR 64 (1965-66) págs. 617 ss.; *el mismo*, Encyclopedia of Crime an Justice Tomo 3 págs. 922 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 169 ss. En relación con las nuevas ampliaciones del poder punitivo de los

2. Cercano al de territorialidad se encuentra el **principio del pabellón** (teoría del "territoire flottant"). Según este principio el Estado, cuyo pabellón es enarbolado legítimamente por un buque de mar, barco fluvial³³ o bajo el cual está registrada una aeronave, puede someter a su poder punitivo las acciones cometidas a bordo del barco³⁴ o de la aeronave³⁵, aún cuando el hecho ha sido cometido por un extranjero o esté atravesando o sobrevolando territorio no nacional o alta mar. Dado que, legalmente, todo barco sólo puede enarbolar *un* pabellón nacional (§ 11 de la Ley sobre Derecho del Pabellón de 8.2.1951, BGBl. I pág. 79) y que asimismo una aeronave, según el Acuerdo de Chicago de 1944 (BGBl. 1956 II pág. 411), sólo puede estar registrada por *un* país, el principio del pabellón conduce siempre al claro resultado de que el país de origen posee el poder punitivo, sea donde sea el lugar en que pueda haberse encontrado el barco o la aeronave en el momento del hecho. Los barcos que no están autorizados para enarbolar el pabellón federal así como las aeronaves que no están autorizadas para utilizar la enseña nacional, son consideradas como instituciones extranjeras en la medida en que no se encuentren en territorio nacional. El principio del pabellón está reconocido por el Derecho internacional dado que los acuerdos sobre seguridad aérea³⁶ determinan que primordialmente el Estado de origen puede ser hecho responsable por la seguridad a bordo de sus barcos y aeronaves (BGH NStZ 1991, pág. 525 [526]).

De conformidad con el Acuerdo aprobado en Tokio, sobre acciones delictivas y otros hechos cometidos a bordo de aeronaves de 14.9.1963 (BGBl. 1969 II pág. 122)³⁷, los

EE.UU. a través de la legislación federal vid. *Heymann/Gershengorn*, Pursuing Justice págs. 101 ss. Esta distinción en la concepción fundamental del Derecho penal internacional condujo a una consecuencia significativa para el Derecho de extradición: los países continentales podían aceptar el principio de no entrega de los propios nacionales (por ejemplo, art. 16 II GG) puesto que sus hechos se encontraban, básicamente, incluidos en su poder punitivo, mientras que por el contrario los países anglo-americanos debían proceder a la extradición de sus ciudadanos puesto que de no ser así sus hechos cometidos en el extranjero quedaban impunes; vid. *Shearer*, Extradition págs. 94 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 175 ss.

³³ Es indiferente si se trata de un barco estatal, privado, de guerra, mercante o de un yate.

³⁴ Vid., para más detalles, *Wille*, Die Verfolgung págs. 51 ss.

³⁵ En relación con el Derecho penal de la navegación aérea vid. *Jeschek*, Deutsche Beiträge págs. 195 ss.; *A. Meyer*, ZfL 1958, págs. 87 ss.; *Schnorr v. Carolsfeld*, Straftaten in Flugzeugen págs. 15 ss.; *v. Weber*, Rittler-Festschrift págs. 111 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 340 ss.; *Wille*, Die Verfolgung págs. 154 ss.

³⁶ Sobre ello *Lenzen*, JR 1983, pág. 182 nota a pie núm. 12.

³⁷ El texto puede encontrarse en *A. Meyer*, Internationale Luftfahrtabkommen Tomo V, 1964, pág. 372. En profundidad sobre el tema *Schmidt-Räntsch*, ibídem págs. 343 ss.; además, *Zlataria*, Grützner-Geburtstagsgabe págs. 160 ss.

países signatarios están también obligados a imponer su poder punitivo como Estados de inscripción (art. 3 II). Sin embargo, el poder punitivo concurrente de otros Estados (por ejemplo, de acuerdo con el principio de territorialidad) coexiste junto con el derivado del principio del pabellón (art. 3 III). La misma situación jurídica se deriva del art. 4 del Convenio para la lucha contra de incursiones ilícitas de aeronaves de 16.12.1970 (BGBl. 1972 II pág. 1506)³⁸.

3. Según el **principio activo de personalidad** un Estado puede someter a su poder punitivo los delitos cometidos por sus propios nacionales aún cuando éstos sean cometidos en el extranjero. Históricamente, este principio es el punto de conexión más reciente del Derecho penal internacional dado que, según la concepción jurídica antigua, el estatuto jurídico de la persona estaba determinado por su pertenencia a una genealogía concreta a la que quedaba vinculada permanentemente (*"leges ossibus inhaerent"*)³⁹. El principio de personalidad enfatiza la vinculación del individuo con su país, por lo que casa bien con la idea del Estado autoritario aunque no está necesariamente vinculado a ella. En realidad, actualmente es la idea de la solidaridad internacional la que sirve de base a este principio: el país del que el autor procede no puede permitir que éste cometa delitos en el extranjero y pueda quedar sin castigo por ello. A decir verdad el principio de territorialidad opera raras veces en el Derecho penal internacional de los Estados si lo comparamos con el de territorialidad, aunque tampoco se le pueden oponer reparos desde el punto de vista del Derecho internacional⁴⁰. (En relación al problema de la "norma idéntica" vid. la 2.^a Ed. de esta obra págs. 132 ss.) En Alemania el principio activo de personalidad ha estado vigente desde 1940 hasta 1974 como principio informador del Derecho penal internacional. En la actualidad sólo está previsto en algunos casos y de forma restringida (§ 5 núms. 3 a, 5 b, 8, 9, 12). Este criterio limitado puede ser inaplicable "cuando el hecho, a causa de las circunstancias especiales en el lugar de comisión del delito, no constituye un injusto merecedor de pena" (§ 3 en su redacción anterior), puesto que esta regla sigue siendo una necesidad derivada de la Justicia.

³⁸ El texto puede encontrarse en *Schmidt-Räntsch*, ZLW 20 (1971) págs. 63 ss.

³⁹ Más detalladamente, *Kohler*, Internationales Strafrecht págs. 25 ss.; *Enschedé*, Recueil d'études van Bemmelen págs. 41 ss.

⁴⁰ *Oehler*, Mezger-Festschrift págs. pág. 96; *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 443 ss.; *Falck*, Straßrätt págs. 167 ss. (donde puede verse un resumen del Derecho comparado); *Schröder*, JZ 1968, pág. 341; referencias adicionales en *Rofswog*, Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht pág. 66. El desarrollo de los tratados internacionales muestra en los últimos tiempos una tendencia al fortalecimiento del principio de territorialidad en conexión con el de Justicia supletoria; vid. *Oehler*, Carstens-Festschrift pág. 448.

Una variante del principio de personalidad viene suministrada por el **principio del domicilio**. De acuerdo con éste, el domicilio del extranjero en territorio nacional es un criterio suficiente para fundamentar la intervención del poder punitivo estatal sobre aquél⁴¹. También este principio está libre de objeciones por parte del Derecho internacional.

4. El **principio de protección** significa que el Estado puede someter a su poder punitivo los delitos cometidos en el extranjero cuando a través de los mismos son puestos en peligro o lesionados bienes jurídicos nacionales. Tratándose además de la protección de bienes jurídicos del propio Estado (vgr., traición o alta traición, delitos contra la defensa nacional o contra el orden público), el principio se justifica sin más por el hecho de que el autor mismo, con la dirección de su ataque, ha dado lugar a su relación con el poder punitivo del Estado correspondiente (**principio de protección del Estado**)⁴². A ello se añade que la mayoría de las veces los Estados extranjeros y sus intereses no son protegidos a través del Derecho penal de los demás países, de modo que el único medio para asegurar la protección contra ataques realizados por ciudadanos no nacionales en el extranjero es la intervención del propio poder punitivo (vid. *infra* § 18 III 3). Pero también, tratándose de la tutela de bienes jurídicos individuales de los propios nacionales (**principio de protección individual o principio pasivo de personalidad**), el Derecho internacional no prohíbe a los Estados ampliar su poder punitivo a los hechos cometidos por los extranjeros fuera de sus fronteras^{43 44}.

El principio de protección individual requiere una *limitación* más intensa que el principio activo de personalidad por medio de la prohibición del abuso de Derecho internacional, puesto que el destinatario de la norma no es aquí un nacional sino un extranjero que se encuentra fuera del país y que, por regla general, pertenecerá al Estado donde se perpetra el hecho. Por este motivo, en la aplicación de este principio se prohíbe por el Derecho internacional el abuso de

⁴¹ Más detenidamente, *Kielwein*, Rittler-Festschrift págs. 97 ss.

⁴² Vid. *Schultz*, Auslieferungsrecht pág. 37; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 367 ss.

⁴³ Vid. *Rofswog*, Verengerbarkeit mit dem Völkerrecht pág. 82; *Dahm*, Völkerrecht Tomo I pág. 259; *Dahm/Delbrück/Woiffrum*, Völkerrecht Tomo I, 1 pág. 322; *Wengler*, Völkerrecht págs. 941 ss. Limitadamente, *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 421 ss., disiente *Henrich*, Das passive personalitätsprinzip págs. 139 ss., 207 ss.

⁴⁴ Sobre el caso "Lotus", en el que la Corte Internacional Permanente ha dejado abierta la aplicabilidad del principio pasivo de personalidad, vid. *Herndl*, Encyclopedia of Public International Law, fascículo núm. 2, 1981, pág. 173.

Derecho cuando la acción cometida fuera impune según la normativa del lugar donde se lleva a cabo (**requisito de la norma idéntica**)⁴⁵.

5. El **principio del Derecho mundial** (principio de universalidad) autoriza a cada Estado, cuando es entendido en un sentido amplio, a intervenir con su poder punitivo sin consideración al lugar del hecho ni a la nacionalidad del autor. No obstante, concebido de forma tan ilimitada, este principio es “científicamente insostenible e inaplicable en la práctica”⁴⁶, porque de lo contrario el poder punitivo de los Estados sería por lo general ilimitado. El principio del Derecho mundial posee una justificación interna y es aceptado por el Derecho internacional cuando el hecho se dirige contra bienes de la cultura supranacional en cuya protección existe un interés internacional (por ejemplo, prohibición del tráfico de drogas ⁴⁷, comercio de esclavos, trata de blancas, distribución de publicaciones pornográficas, lucha contra la falsificación de moneda, protección de cables marítimos, represión de la piratería aérea, de la toma de rehenes, de la tortura y del terrorismo, delitos contra el medio ambiente, crímenes de guerra y contra la Humanidad). Sólo en supuestos de esta naturaleza están presentes las ideas de “solidaridad del mundo cultural frente al delito” y de la “lucha contra la peligrosa delincuencia internacional”, en las que por regla general descansa la fundamentación del principio del Derecho mundial. A menudo este principio encuentra reflejo en convenciones internacionales en las que los Estados se han comprometido a una defensa de los intereses culturales comunes por vía del Derecho penal, aunque su aplicación se encuentra más bien en un franco retroceso (vid. *infra* § 18 III 4 nota a pie núm. 58).

6. Mientras que los principios del Derecho penal internacional tratados hasta ahora constituyen puntos de conexión autónomos para el poder punitivo del Estado, el **principio de Justicia supletoria** sirve sencillamente de complemento subsidiario al poder punitivo de otros países. Este principio interviene cuando el poder punitivo extranjero competente no puede actuar sobre la base del principio de territorialidad, porque el acusado ha sido detenido en otro país

⁴⁵ Así, *Rofswog*, *Verenbarkeit mit dem Völkerrecht* pág. 184; *Drost*, *Niemeyers Zeitschrift* 43 (1930-31) pág. 138; *Jennings*, *British Yearbook of International Law* 33 (1957) pág. 153; *v. Weber*, *Das passive Personalitätsprinzip* pág. 900; *Oehler*, *Grütznert-Geburtstagsgabe* pág. 119; *Heinrich*, *Das passive Personalitätsprinzip* págs. 106 ss. Formulando objeciones, sin embargo, *Schroeder*, *NJW* 1969, pág. 83; limitadamente también *Jakobs*, *Allg. Teil* 5/8 (sólo para equilibrar discriminaciones).

⁴⁶ Ya en este sentido, *v. Liszt/Schmidt*, pág. 123.

⁴⁷ Vid. BGH 27, 30: la aplicación del principio del Derecho mundial a la distribución ilegal de sustancias estupefacientes (§ 6 núm. 5) no contradice al Derecho internacional. Vid. *Oehler*, *Carstens-Festschrift* pág. 444.

y no puede ser extraditado al extranjero por motivos fácticos o jurídicos. En realidad, el Juez nacional actúa "en lugar" del extranjero pero, a pesar de ello, ejercita el poder punitivo del propio Estado cuando, por ejemplo, un refugiado político ha cometido un delito común en el país de procedencia y es condenado por ello en el territorio donde se encuentra. El principio de Justicia supletoria colma las inevitables lagunas en el Derecho penal internacional, asegurando así que ningún delincuente huido queda impune en el Estado donde se refugia por faltar un punto de conexión con el poder punitivo ("aut dedere aut punire"⁴⁸). De acuerdo con su sentido, el principio de Justicia supletoria requiere la existencia de una norma idéntica en el lugar de comisión del hecho. Por último, su aplicación es descartada cuando el Estado donde fue perpetrado el delito ya ha archivado definitivamente la causa (vgr., por haberse dictado una condena o absolución, condena condicional o indulto) (el denominado *principio de liquidación*).

7. Un nuevo principio, el de la **división de competencia**, ha sido desarrollado por el Consejo de Europa para la armonización de la Administración de Justicia penal internacional. De este modo, los Convenios sobre el castigo de los delitos contra la seguridad del tráfico de 30.11.1964 (European Treaty Series núm. 52) y el relativo a la transferencia de procesos penales de 15.5.1972 (European Treaty Series núm. 73), previenen un reparto flexible del poder punitivo vinculada a la asunción de la persecución penal⁴⁹.

8. De los principios del Derecho penal internacional que fundamentan la aplicación del poder punitivo propio, deben diferenciarse el *principio de bonificación* y el de *liquidación*. En estos últimos se trata de la forma y modo en que se tienen en cuenta los actos de la Justicia extranjera, para aquellos casos en los que el poder punitivo propio encuentra aplicación a unos hechos con trascendencia internacional. Ambos principios se refieren al efecto internacional, más o menos extendido, de las sentencias penales extranjeras⁵⁰. Por motivos de economía procesal las penas impuestas en el extranjero que han sido total o parcialmente cumplidas, son computadas cuando en Alemania recae nuevamente condena

⁴⁸ Así, la conocida fórmula de *Hugo Grotius*, *De jure belli ac pacis*, 1625, lib. II, capág. 21, IV 1 y 3. Sobre ello *Oehler*, *Internationales Strafrecht* págs. 497 ss. Pueden encontrarse ejemplos procedentes del Derecho internacional en *Oehler*, *Carstens-Festschrift* págs. 444 ss.

⁴⁹ *LK* (10.^a) (*Tröndle*) nota preliminar núm. 15 antes del § 3; *AK* (*Lemke*) nota preliminar núm. 12 antes del § 3.

⁵⁰ Vid. sobre ello *Jescheck*, *ZStW* 76 (1964) págs. 172 ss.; *el mismo*, v. *Weber-Festschrift* págs. 327 ss.; *Oehler*, *Internationales Strafrecht* págs. 587 ss.; v. *Hammerstein*, *Wirkung ausländischer Strafurteile* págs. 310 ss.; IX Congrès International de Droit Pénal, Actes págs. 323 ss., 430 ss., 485 ss. Véase el Convenio elaborado por el Consejo de Europa sobre la validez internacional de sentencias penales de 28.5.1970 (European Treaty Series núm. 70I; vid. *Grützner*, *NJW* 1969, págs. 345 ss., así como *supra* § 18 I 5.

por los mismos hechos (§ 51 III) (BGH 27, 287). Pero el principio de liquidación va todavía más lejos. Éste significa que la persecución misma de un delito está excluida en el territorio nacional cuando por resolución firme los tribunales de un Estado extranjero han absuelto a alguien por aquél o cuando, también por resolución firme, lo han condenado por el mismo pero el autor ya ha cumplido la pena, ésta ha prescrito o ha sido remitida (el § 153 c I núm. 3 StPO posibilita en estos casos la no persecución de hechos cometidos en el extranjero). En la mayoría de los casos son equiparados los casos en los que por el mismo delito en el extranjero tiene lugar una amnistía, cuando en aquél ha prescrito la posibilidad de perseguir penalmente los hechos o, finalmente, cuando de acuerdo con la normativa exterior concurre la ausencia de querella penal como requisito necesario de procedibilidad.

III. El Derecho penal internacional del StGB

El Derecho penal internacional del StGB ha sufrido una transformación esencial a través de la reforma de 1975⁵¹. El Derecho vigente parte del principio de territorialidad, enlaza a éste con la teoría de la ubicuidad (§ 9) y completa esta regulación por medio de otros puntos de conexión.

1. Mientras que la normativa anterior (sobre la misma vid. la 2.^a Ed. de esta obra), que arrancaba en el año 1940, diseñó como punto de partida el principio activo de personalidad, el Derecho vigente ha vuelto a tomar como base al **principio de territorialidad** (§ 3). Con ello, el legislador se ha liberado de la sobrevaloración del deber de lealtad del ciudadano que permanece en el extranjero con su país de origen y, por regla general, ha limitado correlativamente su poder punitivo, de conformidad con la delimitación espacial de la función de ordenación de los Estados, a los hechos que son cometidos por ciudadanos propios o por extranjeros en el territorio nacional; como consecuencia de ello se entiende, asimismo, que los individuos del propio Estado que se encuentran en el extranjero deben ser básicamente libres y regirse conforme al Derecho del Estado donde se desarrolla su estancia. Sin duda que el principio de territorialidad ha extendido ampliamente su alcance a través de la regulación del lugar de comisión del delito según la teoría de la ubicuidad (§ 9) (vid. *infra* § 18 IV 2). Si el resultado acaece en el extranjero como consecuencia de un hecho cometido en territorio nacional o, desde este último, alguien toma parte en el hecho ejecutado por otro fuera

⁵¹ Acerca de su evolución histórica vid. *Granitzka*, *Dogmengeschichte* págs. 26 ss.; en relación con el Derecho proyectado vid. *Eder*, *Entwicklung* págs. 72 ss., 151 ss.; *Gallas*, *ZStW* 80 (1968) pág. 12 ss.; sobre su reforma en general *Jescheck*, *IRuD* 1956, págs. 75 ss.; *Eser*, *Jescheck-Festschrift* Tomo II págs. 1362 ss.; *Schultz*, *GA* 1966, págs. 195 ss.

del país, puede ser necesario tener en cuenta el Derecho del Estado extranjero implicado siempre que ello beneficie al autor del delito (vid. *infra* § 18 I 1) (BayObLG JZ 1972, pág. 563). Además, para los hechos cometidos en el extranjero y la participación desde territorio nacional en el delito cometido por otro fuera del mismo el § 153 c I núm. 1 StPO suministra la posibilidad de prescindir de la persecución penal. Lo mismo rige según lo previsto en el § 153 c I núm. 2 StPO para un delito cometido por un extranjero en territorio nacional pero a bordo de un barco o aeronave extranjera (por ejemplo, cuando el barco se encuentra atracado en un puerto alemán o la aeronave sobrevuela territorio soberano alemán).

2. El **principio del pabellón** (§ 4), análogo al de territorialidad, prescribe la validez del Derecho penal para hechos que son cometidos por alemanes o extranjeros a bordo de barcos o aeronaves alemanas, cuando unos u otros se encuentran atravesando o sobrevolando tanto el espacio soberano extraño como el alta mar. A través de la regulación contenida en el § 4 los hechos cometidos en tales barcos o aeronaves se equiparan en su tratamiento punitivo a los perpetrados dentro del país.

Los barcos alemanes son aquellos que, de acuerdo con la Ley sobre Derecho del Pabellón de 8.2.1951, (BGBl. I pág. 79), están *autorizados* para enarbolar el pabellón federal; asimismo, las aeronaves alemanas son aquellas que, según lo preceptuado en los §§ 2 V y 3 de la Ley sobre el Tráfico Aéreo en su redacción de 4.1.1981 (BGBl. I pág. 61), están *autorizadas* para portar la enseña nacional de la República Federal⁵².

3. Del § 5 se extraen diferentes puntos de conexión para la protección de bienes jurídicos nacionales frente a hechos cometidos en el extranjero, sin que ello dependa de su punibilidad en el lugar de comisión del delito (BGH 30, 1 [3]). El § 5 núms. 1, 2, 3b, 4 y 5 a, (preparación de un ataque bélico, delitos políticos, delitos contra la defensa nacional), el § 5 núm. 10 (delitos contra la Administración de Justicia) y el § 5 núms. 11-14 (delitos contra el medio ambiente en el ámbito del zócalo continental alemán, contra la Administración Pública y los delitos cometidos contra funcionarios públicos o soldados alemanes), se basan en el **principio de protección del Estado**⁵³. Otros supuestos del § 5 lo hacen sobre el **principio activo de personalidad**: y así, de conformidad con

⁵² Más detalladamente en *Dreher/Tröndle*, § 4 núm. 2; *Clark*, Journal of Maritime Law and Commerce 11 (1980) págs. 219 ss.

⁵³ Al respecto, desde una perspectiva de Derecho comparado, *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 384 ss.; *Zieher*, Das Internationale Strafrecht nach der Reform págs. 103 ss. En relación con el § 5 núm. 11 vid. *Klages*, Meeresumweltschutz und Strafrecht, 1989.

lo estipulado en el § 5 núm. 12, el Derecho penal alemán rige para hechos que cometa un funcionario público alemán durante su estancia oficial o en relación con su servicio oficial en el extranjero (de modo similar para los soldados, § 1 a I núm. 1 y II WStG). En algunas disposiciones penales sobre la puesta en peligro del Estado de Derecho democrático (§§ 89, 90 a I y 90 b), así como en algunos delitos contra la defensa nacional (§§ 109 a, 109 d y 109 h), está prevista una restricción adicional en relación con la autoría: el Derecho penal alemán sólo rige cuando el autor es alemán y, además, sus medios de subsistencia⁵⁴ se encuentran en el ámbito de vigencia espacial del citado Derecho (§ 5 núms. 3 a y 5 b) (sobre el concepto del ámbito de vigencia espacial vid. *infra* § 18 VI 3). De este modo, debe tomarse en consideración que los deberes de fidelidad y observancia que sirven de base a estos tipos penales únicamente pueden ser exigidos a ciudadanos alemanes que poseen una relación personal con el territorio federal⁵⁵. También el § 5 núm. 9 (interrupción del embarazo) exige esta destacada relación personal con la República Federal de Alemania. Aquí no es necesaria la punibilidad en el lugar del hecho de modo que la disposición abarca sobre todo a los casos en los que se comete fraude de ley. El **principio de protección individual** (principio pasivo de personalidad) sirve de base al § 5 núm. 6 (secuestro con desplazamiento fuera del territorio nacional o provocación de conductas de persecución política peligrosas para la salud o la vida, cometidos en uno y otro caso contra alemanes con domicilio o residencia habitual en Alemania), al § 5 núm. 7 (revelación de secretos comerciales o de empresa respecto de sociedades e industrias que se encuentren en el ámbito de vigencia espacial del StGB, así como las que estén en el extranjero pero mantengan relaciones de consorcio con otras asentadas en el territorio nacional) y al § 5 núm. 8 a (determinados delitos sexuales, siempre que el autor y el ofendido sean alemanes en el momento de comisión del hecho y tengan sus medios de subsistencia en el ámbito de vigencia espacial del StGB). La disposición citada en último lugar sitúa también al principio activo de personalidad (intensificado) al mismo nivel que al de protección individual alcanzando, de este modo, a todos los hechos que se cometan en fraude de ley. De acuerdo con el § 5 núm. 8 b el **principio activo de personalidad** rige para delitos del § 176 (abuso sexual de niños). No es necesaria la punibilidad en el lugar del hecho (¡turismo sexual!). El precepto anteriormente mencionado relativo a la vigencia del Derecho penal alemán para casos de secuestro y provocación de la persecución

⁵⁴ En torno al concepto de medios de subsistencia vid. *Dreher/Tröndle*, § 5 núm. 3; *Lackner*, § 5 núm. 2; *SK (Samson)* § 5 núms. 8 ss.; vid., además, BGH 10, 46 (50). Tampoco se oponen a este concepto las largas estancias en el extranjero de diplomáticos, personas de negocios e investigadores.

⁵⁵ Vid. *Langrock*, *Der besondere Anwendungsbereich* págs. 93 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 5 núm. 9.

política (§ 5 núm. 6) implica también al principio de protección del Estado, puesto que el aseguramiento de los derechos de la persona frente a las formas más graves de sometimiento a las medidas de persecución propias de poderes donde rige la violencia y la arbitrariedad, pertenece a las aspiraciones de la República Federal de Alemania como Estado de Derecho liberal que es. Lo mismo puede decirse en cuanto a la revelación de secretos comerciales y de empresa (§ 5 núm. 7), puesto que tras este precepto se encuentra también la idea de protección de la economía popular alemana.

De acuerdo con el art. 315 IV EGStGB el Derecho penal de la República Federal es aplicable sin límite alguno a los hechos cometidos en la antigua RDA cuando, de acuerdo con las disposiciones del Derecho penal internacional, las normas punitivas alemanas fueran ya aplicables a tales hechos con anterioridad a la eficacia de la integración (según lo preceptuado por el art. 1 EV de 3.10.1990). Así pues, se tienen sobre todo en consideración los casos del principio de protección y del principio pasivo de personalidad. De este modo, las actividades secretas contra la República Federal de los miembros del Ministerio para la Seguridad del Estado que tuvo lugar exclusivamente en la zona de la desaparecida RDA, permanecen como comportamientos punibles de conformidad con el § 99 en conexión con el § 5 núm. 4 (BGH 37, 305; en sentido opuesto BVerfG NJW 1995, 1811 [1813]) (vid. *supra* § 15 IV 8 nota a pie núm. 59).

4. Contenido en el § 6, el **principio del Derecho mundial** atañe a los hechos cometidos en el extranjero que atentan contra bienes jurídicos protegidos internacionalmente⁵⁶. La vigencia del Derecho penal alemán en estos casos se desarrolla sin limitación alguna al ser irrelevante la nacionalidad del autor o del ofendido, así como con independencia de si el hecho es o no punible en el lugar de su comisión, puesto que aquí se trata de la protección de intereses comunes a todos los Estados (BGH 27, 30 sobre tráfico de drogas⁵⁷). Los números 1 a 7 del § 6 corresponden a deberes penales especiales derivados de acuerdos internacionales⁵⁸.

⁵⁶ Zieher, Das Internationale Strafrecht nach der Reform págs. 142 ss.; Oehler, Internationales Strafrecht págs. 519 ss.

⁵⁷ Sobre ello vid. Wengler, JZ 1977, págs. 257 ss.; Knauth, NJW 1979, pág. 1084; Arendt, Zeitschr. f. Zölle und Verbrauchssteuern 1979, págs. 268 ss. La BGH 34, 334 (338 ss.) exige para la aplicación del principio del Derecho mundial al tráfico de drogas cometido por un extranjero fuera de Alemania la implicación de los *propios* intereses de protección jurídica; al respecto vid. Rüter/Vogler, JR 1988, págs. 136 y 139.

⁵⁸ Vid. el art. 3 del Convenio internacional para la lucha contra la trata de blancas de 4.5.1910 (RGBl. 1913 pág. 31); arts. 2 y 3 de la Convención internacional para la represión del tráfico de mujeres y de niños de 30.9.1921 (RGBl. 1924 II pág. 181); art. 9 del Acuerdo internacional para la lucha contra la falsificación de moneda de 20.4.1929 (RGBl. 1933 II pág. 913); art.

La regulación se completa con una cláusula general recogida en el número 9 del precepto citado⁵⁹ que posibilita el ejercicio del poder punitivo de acuerdo con el principio de la división de competencias (vid. *supra* § 18 II 7) cuando entren en vigor en Alemania los acuerdos correspondientes del Consejo de Europa. El § 6 núm. 8, que sitúa al fraude de subvenciones (§ 264) bajo el principio del Derecho mundial, quiere proteger el fomento económico a través de las subvenciones de la UE frente a maquinaciones fraudulentas, motivo por el que ya representa un “principio del Derecho europeo” del futuro.

5. La disposición contenida en el § 7, que extiende el poder punitivo alemán a los hechos cometidos en el extranjero, descansa igualmente sobre distintos puntos de conexión. Adecuado al **principio de Justicia supletoria** (en conexión con el de protección individual), el § 7 I en su primer inciso prevé la intervención del poder punitivo alemán para hechos cometidos en el extranjero contra un alemán (debe ser ofendido, en el sentido del § 77), en tanto que el hecho se encuentre incriminado en el lugar donde se cometió (OLG Karlsruhe, Die Justiz 1980, pág. 478). En el examen de la normativa extranjera no sólo tienen que extraerse los tipos penales pertinentes que, por lo demás, pueden ser comprendidos desde un punto de vista jurídico distinto al del Derecho penal alemán (según la BGH 27, 5 no es suficiente que los hechos estén tipificados como infracción administrativa), sino también las causas de justificación y de exculpación del Derecho no nacional en tanto que éstas no estén en contradicción con los principios jurídicos generalmente reconocidos (en relación con el castigo de los “guardianes del muro” vid. *supra* § 2 I 2 nota a pie núm. 5)⁶⁰. El principio de Justicia supletoria

5 del Acuerdo internacional sobre el opio (RGBl. 1929 II pág. 409); Acuerdo para la limitación de la producción y la regulación de la distribución de sustancias estupefacientes de 13.7.1931 (RGBl. 1933 II pág. 321); art. II Convención internacional para la lucha contra la difusión y distribución de material pornográfico de 12.9.1923 (RGBl. 1925 II pág. 288); art. 4 II de la Convención para la lucha contra las incursiones ilícitas de aeronaves de 16.12.1970 (BGBl. 1972 II pág. 1506; al respecto, *Schmidt-Räntsch*, ZLW 20 [1971] págs. 63 ss.). Acerca de las distintas convenciones *Glaser*, Droit international págs. 120 ss.; *Oehler*, Das deutsche Strafrecht und die Piratensender, 1970, así como *Schönke/Schröder/Eser*, § 6 núm. 11.

⁵⁹ En la actualidad el § 6 núm. 9 se refiere, por ejemplo, al Convenio internacional para la lucha contra el terrorismo de 27.1.1977 (BGBl. 1978 II pág. 321), el Convenio internacional contra la toma de rehenes de 18.12.1979 (BGBl. 1980 II pág. 1361), la Convención diplomática de 14.12.1973 (BGBl. 1976 II pág. 1745) y el Convenio internacional para la prevención de la tortura de 26.11.1987 (BGBl. 1989 II pág. 946).

⁶⁰ En este sentido, con razón, *Schönke/Schröder/Eser*, § 7 núm. 9. No resulta convincente la tesis de *Henrich*, Das passive personalitätsprinzip págs. 215 ss. sobre el carácter superfluo y dañino del § 7 I.

rige también para hechos cometidos fuera del país por alemanes, personas que hubieran poseído la nacionalidad alemana y nuevos ciudadanos alemanes, siempre bajo el presupuesto de que el hecho esté también castigado en el lugar donde fue perpetrado (aquí tampoco resulta suficiente que el comportamiento sólo esté previsto como simple infracción administrativa, BGH 27, 5 [8 ss.], OLG Karlsruhe NStZ 1985, pág. 317)⁶¹.

La extensión del poder punitivo alemán a personas de nacionalidad alemana y a los recién nacionalizados como tales se deriva de la prohibición de extradición de los propios ciudadanos contenida en el art. 16 II 1 GG. Por cierto que bajo el punto de vista del art. 103 II GG la fundamentación a posteriori del poder punitivo nacional frente a quien acaba de adquirir la nacionalidad alemana resulta objetable, puesto que el Derecho penal alemán no regía para él en el momento del hecho sino que es sólo la adquisición de tal nacionalidad la que lo hace aplicable. De todos modos, no existe por ello una infracción del principio de legalidad porque en el momento de comisión del hecho constaba tanto la Ley de acuerdo con la cual había que enjuiciar el mismo como la pena que le resultaba aplicable, caso de que con posterioridad el autor se convirtiera en ciudadano alemán (BGH 20, 22 [23]). No obstante, se exige acertadamente que en este caso el sujeto no pueda ser castigado con una pena más grave que la que le hubiera correspondido según el Derecho extranjero en cuestión (BGH NJW 1994, 140 [141])⁶².

La idea de la Justicia supletoria sirve de base de un modo especialmente claro en el caso del § 7 II núm. 2. De conformidad con esta disposición rige el Derecho penal alemán frente al autor extranjero que, habiendo perpetrado un hecho tipificado como delito fuera de Alemania, se encuentra en la actualidad dentro del territorio nacional y no es extraditado a pesar de que su extradición, por la clase de hecho cometido (§§ 3 II, 6 y 7 IRG)⁶³, fuera en sí misma admisible. La

⁶¹ El § 7 II núm. 1 no resulta aplicable a los hechos cometidos en la anterior RDA, puesto que el art. 315 I EGStGB en conexión con el § 2 contiene una regulación especial (vid. *supra* § 15 IV 8); en este sentido, con razón, *Lackner*, § 2 núm. 12; *Scholten*, ZRP 1992, pág. 476.

⁶² Así, *Oehler*, *Interantionales Strafrecht* pág. 494; *Schönke/Schröder/Eser*, § 7 núm. 21; *Eser*, *Jescheck-Festschrift* Tomo II pág. 1376.

⁶³ Según el § 3 II IRG están excluidos los delitos que de acuerdo con el Derecho alemán se encuentren castigados con una pena de prisión inferior a un año (vgr., § 106 a) (sobre esta cuestión vid. *Vogler/Wilkitzki*, § 3 IRG núms. 22-24); el § 6 IRG excluye, asimismo, los delitos políticos y casos en los que exista peligro de una persecución inadmisibles (al respecto vid. *Vogler/Wilkitzki*, § 6 IRG núms. 40 ss. [*Vogler*]; *Uhlig/Schomburg/Lagodny*, § 6 IRG núms. 19 ss.); por último, el § 7 IRG excluye también los delitos militares (vid. *Vogler/Wilkitzki*, § 7 IRG núms. 5 ss. [*Vogler*]; *Uhlig/Schomburg/Lagodny*, § 7 IRG núms. 4 ss.). En torno a la práctica de la extradición por los tribunales

Ley menciona como posibles motivos para su no entrega la inexistencia de una solicitud de extradición por parte del país extranjero, el rechazo de la misma por la autoridad alemana competente y la inejecutabilidad material de la extradición (por ejemplo, porque a pesar de haber solicitado la extradición el país que la planteó no se hace responsable de la entrega). De concurrir alguno de estos motivos, debe dictarse una sentencia o resolución por parte del órgano alemán competente para ello (BGH 18, 283 [287 ss.]; BGH NStZ 1991, pág. 525; BayObLG GA 1958, pág. 244). Tal y como evidencia la intervención primaria de la extradición, también supone en cierta medida un ejercicio de la Justicia supletoria para el país que podría solicitar la extradición, el segundo caso previsto en el § 7 II donde el poder punitivo alemán es extendido al hecho realizado por un extranjero cuando el lugar donde se desarrolló no estaba sometido a ningún poder punitivo. Por el contrario, el otro supuesto en el que este último tampoco existe en el lugar donde se lleva a cabo el hecho pero éste se dirige contra un ciudadano alemán (§ 7 I en su segunda alternativa), debe clasificarse dentro del **principio de protección individual** puesto que aquí el propio Estado garantiza de modo *primario* la protección penal al no ceder a otro país la prioridad en su enjuiciamiento.

El supuesto en el que el lugar del hecho no está sometido a ningún poder punitivo se da en o sobre alta mar, el Polo norte, el territorio antártico y en el espacio exterior (vid. *infra* § 18 VI 2).

La distinción entre los casos sometidos al principio de Justicia supletoria y al de protección individual posee un significado práctico, dado que mientras para los sujetos al primero rigen también presupuestos procesales (por ejemplo, el requisito de la interposición de querrela penal) y obstáculos procedimentales (vgr., una amnistía) del lugar de comisión del hecho, en cambio para los del segundo no, por tratarse aquí de la protección de ciudadanos alemanes y no de la observancia del Ordenamiento jurídico extranjero⁶⁴.

6. Algún precepto penal como el § 91 regula su propio **ámbito de aplicación internacional** a causa de que, por la especialidad de la materia, las reglas generales relativas al Derecho penal internacional no son tenidas en cuenta: esta disposición excluye a los §§ 84, 85 y 87 del alcance de la teoría de la ubicuidad (§ 9)⁶⁵.

alemanes de conformidad con la Convención europea sobre extradición *Jescheck*, *Mélanges Levasseur* págs. 334 ss.

⁶⁴ A favor de tener en cuenta una amnistía dictada en el extranjero en el supuesto del § 7 II núm. 2 OLG Düsseldorf MDR 1992, pág. 1161, así como detalladamente *Eser*, JZ 1993, págs. 875 ss.

⁶⁵ Sobre esta cuestión vid. *Langrock*, *Der besondere Anwendungsbereich* págs. 146 ss.

7. El principio “**ne bis in idem**” (art. 103 III GG) sólo prohíbe el tratamiento repetido del mismo asunto por parte de los tribunales de la República Federal de Alemania (BVerfGE 75, 1 [5 ss.]). Por el contrario, la celebración de un juicio *extranjero* no se opone a un proceso penal alemán por el mismo hecho (BVerfGE 12, 62; BGH 6,176, [177]; 34, 334 [340]). A través de la nueva condena no se comete ninguna ilegalidad puesto que el § 51 III dispone que, a los efectos de la pena a imponer en territorio nacional, debe ser abonada la pena (o cualquier otra privación de libertad) que por los mismos hechos fuera impuesta y ejecutada (prisión o multa) en el extranjero (**principio del abono**) (vid. *supra* § 18 II 8). La escala para llevar a cabo el abono la determina el propio Tribunal de modo discrecional (§ 51 IV 2). Además, según dispone el § 153 c I núm. 3 StPO, puede prescindirse de la persecución penal si tras el abono la pena por cumplir carece de importancia. Por el contrario el **principio de liquidación**, que rigió hasta el año 1940 según el § 5 en su redacción anterior, no ha tenido reflejo. Tanto en la Convención europea sobre la validez de las sentencias penales (vid. *supra* § 18 I 5) como en el art. 54 del II Acuerdo de Schengen de 19.6.1990 (BGBl. 1993 II pág. 1013) está previsto un “ne bis in idem europeo”. Tampoco el Tribunal Europeo está considerado como un órgano judicial extranjero (BGH 24, 54 [57 ss.])⁶⁶.

8. Un tema distinto es la **introducción de bienes jurídicos extranjeros** en el ámbito de tutela de los tipos penales alemanes. Esta es una cuestión que pertenece al área de protección de los tipos penales correspondientes. En muchos de los tipos el tenor literal de los mismos ya evidencia que, como el Derecho penal político (§§ 80 ss.), sólo pueden estar determinados para la protección de intereses nacionales. En otros, por el contrario, resulta manifiesto que sólo se ha pensado en los extranjeros (por ejemplo, §§ 102-104, 184 I núm. 9). En la mayoría de las ocasiones, sin embargo, la respuesta viene por vía interpretativa. Para ello debe atenderse a las siguientes líneas generales⁶⁷: Bienes jurídicos individuales como el cuerpo, vida, libertad, honor, intimidad, derechos familiares y el patrimonio, son

⁶⁶ Acerca de la internacionalización del principio “ne bis in idem” Jung, Schüler-Springorum-Festschrift Tomo I págs. 121 ss.

⁶⁷ Vid. v. Weber, Frank-Festschrift Tomo II págs. 276 ss.; Lüttger, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 121 ss.; Oehler, JR 1980, págs. 485 ss.; *el mismo*, Internationales Strafrecht págs. 480 ss.; Schönke/Schröder/Eser, nota preliminar núms. 13 y ss. antes de los §§ 3-7. Una incursión individualizada en los tipos del Derecho penal alemán puede verse en Reschke, Schutz ausländischer Rechtsgüter págs. 127 ss.; Jakobs, Allg. Teil 5/2 ss. Enfatiza acertadamente que se trata de una cuestión interpretativa Schultz, v. Weber-Festschrift pág. 308. Vid., además, Schröder, JZ 1968, págs. 244 ss. Vid., asimismo, los numerosos ejemplos en LK (10.^a) (Tröndle) nota preliminar núms. 25 ss. antes del § 3.

protegidos en igual medida en todos los Ordenamientos penales con independencia de si su titular es un nacional o un extranjero; éste es el reconocido principio del “minimum standard of justice”⁶⁸. Las disposiciones penales relativas a la protección de la seguridad vial que también o, exclusivamente, se refieren a bienes jurídicos individuales (vgr., §§ 315 ss., 142), protegen asimismo a los extranjeros (BGH 21, 277 [280 ss.]; OLG Karlsruhe NJW 1985, pág. 2905 en relación con el § 316). Tratándose de bienes jurídicos del Estado, los intereses de países extranjeros también se garantizan en muchos casos a través de la protección penal; así sucede, por ejemplo, con la falsificación de moneda o de efectos timbrados (§ 152) cuya protección tiene su origen en el art. 5 del Acuerdo internacional para la lucha contra la falsificación de moneda de 1929 (RGBl. 1933 II pág. 913) (BGH 32, 68 [75 ss.]; disiente *Schlüchter*, *Oehler-Festschrift* págs. 319 ss.). Por regla general, sin embargo, la protección de bienes jurídicos se limita a los que poseen un carácter nacional (BGH 22, 282 [185])⁶⁹, especialmente cuando se trata de delitos contra la Administración y funcionarios públicos (OLG Hamm JZ 1960, pág. 576; OLG Hamburg JR 1964, pág. 350). No obstante, la jurisprudencia ha atravesado este límite cuando a través del hecho también se ven afectados intereses alemanes (RG 3, 70 [72]; 8, 53 [55]; 68, 300 [301 ss.]; BGH LM § 3 núm. 2; BGH GA 1955, pág. 178; BGH 8, 349 [356]). Con carácter general puede decirse que los intereses de los Estados extranjeros deberían ser protegidos en nuestro país de un modo mejor a como lo son ahora⁷⁰. En este sentido, la 4. StÄG de 11.6.1957 (BGBl. I pág. 597) extiende el ámbito de protección de numerosas disposiciones penales a los países miembros de la OTAN y a las tropas que ésta tiene estacionadas en Alemania (art. 7). Al Derecho penal estatal también le compete la tutela penal de las organizaciones supra e interestatales, en la medida en que éstas carezcan de un poder punitivo propio (vgr., § 264 VI en conexión con el § 6 núm. 8)⁷¹.

⁶⁸ *Vogts*, *Encyclopedia*, fascículo núm. 8, 1985, págs. 382 ss.

⁶⁹ Una excepción digna de ser comentada la constituyó el § 102 en su redacción anterior acerca de las acciones constitutivas de alta traición contra Estados extranjeros; sobre ello vid. *Jescheck*, *Rittler-Festschrift* págs. 283 ss. No obstante, fue negada la aplicabilidad del § 170 b al deber legal de prestación de alimentos de un extranjero que vivía en Alemania frente al ofendido que vivía en el extranjero y carecía de la nacionalidad alemana (BGH 29, 85). En *Jakobs*, *Allg. Teil* 5/2 nota a pie núm. 10 pueden verse referencias para una mejor protección de los legitimados a la reclamación.

⁷⁰ Vid., más detalladamente, *Reschke*, *Schutz ausländischer Rechtsgüter* págs. 175 ss.

⁷¹ El art. 194 del Tratado de la Euratom (BGBl. 1957 II pág. 1014), el art. 27 del Estatuto del Tribunal del Mercado Común Europeo (BGBl. 1957 II pág. 1166) y el art. 28 del Estatuto del Tribunal de la Comunidad Atómica Europea (BGBl. 1957 II pág. 1194) contienen disposiciones penales propias de las Comunidades Europeas. Sobre todo ello vid. *Johannes*, *Europarecht* 1968,

La colaboración de los Estados europeos en el terreno de la lucha internacional contra el delito ha mejorado en los últimos años a través de la iniciativa del Consejo de Europa, aunque con frecuencia todavía se echa en falta la aplicación de nuevos tratados⁷².

IV. El lugar de comisión del delito

El lugar de comisión del delito resulta decisivo para la cuestión relativa a si el poder punitivo de un Estado determinado puede ser fundamentado en el **principio de territorialidad** (vid. *supra* § 18 II 1) o si, por el contrario, deben ser buscados otros puntos de conexión.

1. La pregunta relativa a qué elemento determinaba el lugar de comisión del delito fue objeto de una larga **disputa teórica**⁷³. La *teoría de la actividad*⁷⁴ partía del lugar en el que el autor había actuado o, tratándose de una omisión, debería haberlo hecho. Por el contrario, la *teoría del resultado* conectaba con el lugar donde había acaecido el resultado típico⁷⁵. Pero se ha convertido en dominante la *teoría de la ubicuidad*⁷⁶. Esta última considera como lugar del hecho tanto aquél donde se desarrolla la acción como también aquel otro en el que deviene el resultado. De este modo se hace una llamada a la equiparación valorativa entre una y otro para el contenido criminal del hecho y a la ausencia de lagunas en la aplicación del principio de territorialidad.

págs. 63 ss., sobre la aplicación del Derecho nacional especialmente en págs. 110 ss.; *el mismo*, ZStW 83 (1971) págs. 555 ss.; *Pabsch*, Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt págs. 111 ss.; *Jescheck*, Lo stato attuale págs. 339 ss.; *el mismo*, Maurach-Festschrift págs. 592 ss.; *Oehler*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1399 ss.; *Tiedemann*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1411 ss.; *el mismo*, NJW 1990, pág. 2226; *el mismo*, NJW 1993, pág. 23; *van den Wijngaert*, Rev dr pén crim 61 (1981) págs. 511 ss. Con carácter general en torno al Derecho penal europeo *infra* § 18 VII.

⁷² Profundizando en la cuestión *Vogler*, ZStW 79 (1967) págs. 371 ss.; *el mismo*, ZStW 80 (1968) págs. 480 ss.; *el mismo*, Jura 1992, pág. 586, así como *Jescheck*, En hommage à Jean Constant págs. 119 ss. Una colección de los textos de los tratados del Consejo de Europa, así como de los Estados signatarios y sus reservas, puede encontrarse en *Müller-Rappard/Bassiouni*, (Edrs.), European Inter-State Co-operation in Criminal Matters, 1991.

⁷³ Vid. *Bergmann*, Der Begehungsort págs. 26 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 206 ss.

⁷⁴ Así, por ejemplo, *Frank*, § 3 comentario IV 3; *Gerland*, Reichsstrafrecht págs. 95 ss.

⁷⁵ En este sentido *v. Liszt*, Lehrbuch 10.^a Ed. pág. 116; *Jiménez de Asúa*, Tratado Tomo II pág. 826.

⁷⁶ Así, *Binding*, Handbuch Tomo I pág. 416; *Hegler*, Prinzipien págs. 47 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 159; *Feller*, Jurisdiction págs. 20 ss.

2. La base del § 9 es la **teoría de la ubicuidad**⁷⁷. Según estipula el apartado primero de este precepto el delito se entiende cometido tanto en cualquier lugar en el que el autor ha actuado o, en caso de omisión, debería haberlo hecho, como en aquel otro donde sobrevenga el resultado típico o, según la representación del autor, debió acontecer éste.

a) Por lo que se refiere a la **acción** como punto de conexión, en los delitos de pura actividad el lugar de comisión se determina exclusivamente a través de la acción típica (BGH 20, 45 [52]); a tales efectos es suficiente con que tan sólo una parte de ésta haya sido cometida en territorio nacional (RG 39, 258 [263]). También en los delitos de resultado basta con que la *acción* típica sea llevada a cabo dentro del país aunque aquél acaezca fuera del mismo (BGH NJW 1975, pág. 1610).

De acuerdo con el § 9 II 1 los actos preparatorios pueden ser tenidos en cuenta para fundamentar el lugar del hecho cuando gozan de autonomía en su incriminación (BGH 34, 106) o cuando suponen la contribución al hecho por parte de un coautor (BGH 39, 88 [90]). En los *delitos de omisión propia* el lugar del delito es aquel en el que el autor debería haber actuado (schweiz. BGE 97 [1971] IV 205 [210]). Para *delitos de varios actos* basta cualquiera de ellos. Por el contrario, en los casos de *hechos posteriores copenados* son sólo éstos y no el hecho previo el que se encuentra sometido al poder punitivo nacional⁷⁸. En el encubrimiento material (§ 257), en el personal (§ 258) y en la receptación (§ 259) depende de la acción típica y no del hecho previo (RG 43, 84 [85]). Los *delitos de peligro abstracto* son infracciones de pura actividad por lo que lo decisivo es el lugar de la acción, aún cuando el peligro que el legislador se propone evitar mediante el precepto penal se desarrolle en otro lugar⁷⁹. Discutido es el caso de los *delitos de tránsito* en los que tan sólo una parte de la cadena causal se lleva a cabo dentro del país, mientras que la acción y el resultado se desenvuelven en el extranjero (por ejemplo, el envío a través de Alemania de un paquete con bombones envenenados desde Suiza hasta Dinamarca, lugar este último donde la víctima muere envenenada). Esta clase de delitos tiene que ser abarcada por el

⁷⁷ Esta teoría fue aplicada por la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo Imperial (RG 11, 20 [22]; 67, 130 [138]; 74, 56 [59]) y sirvió de base al Tribunal Permanente Internacional en la sentencia que resolvió el caso "Lotus" (vid. *supra* § 18 II 4 nota a pie núm. 44). En cambio, para el *tiempo* de comisión del delito según el § 8 rige la teoría de la actividad (vid. *supra* § 15 IV 2 b).

⁷⁸ Vid. *Schnorr v. Carolsfeld*, Heinitz-Festschrift págs. 770 ss.

⁷⁹ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid., por ejemplo, *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 6; *LK* (10.ª) (*Tröndle*) § 9 núm. 4; de otra opinión, *Oehler*, *Internationales Strafrecht* pág. 214; *Martin*, *Die Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen* pág. 121.

poder punitivo nacional en la medida en que el hecho ha afectado al bien jurídico protegido dentro de las fronteras del país, así que por motivos de prevención general no puede renunciarse a su enjuiciamiento en Alemania⁸⁰. Los delitos de contrabando realizados en los trenes que atraviesan las fronteras están sometidos al poder punitivo alemán hasta donde alcanza la competencia de los funcionarios públicos nacionales en los controles aduaneros, incluso aunque tales infracciones sean cometidas en el extranjero (OLG Oldenburg MDR 1974, pág. 329).

b) El **resultado** típico como punto de conexión tiene trascendencia sobre todo en los casos en los que la acción y el resultado acaecen por separado (*delitos cometidos a distancia*)⁸¹.

También tiene que ser considerado como resultado típico aquel con el que se consigue la *terminación* del delito (vgr., el ocasionamiento del perjuicio patrimonial en la estafa), mientras que por motivos político-criminales el momento de la consumación se anticipa al residir en éste un punto nuclear del contenido de injusto del hecho (RG 57, 144 [146]; OLG Stuttgart, Die Justiz 1974, pág. 131) (vid. *infra* § 49 III 3)⁸². También deben ser incluidas aquellas consecuencias del hecho que discurren en el espacio temporal existente entre la consumación y la terminación, como sucede por ejemplo con la continuación del resultado en el *delito permanente*. Incluso una *condición objetiva de punibilidad* constituye un resultado típico en el sentido del § 9 I cuando aquélla ha sido causada mediante la acción típica y codetermina el injusto del hecho; así sucede con un hecho cometido bajo los efectos de una intoxicación etílica donde el estado de embriaguez plena ha sido adquirido en el extranjero (§ 323 a)⁸³. En los *delitos de peligro concreto* el resultado viene determinado por el advenimiento mismo del riesgo concreto (BayObLG NJW 1957, pág. 1327). El castigo en territorio nacional de los *delitos de peligro abstracto* por el ocasionamiento de este tipo de riesgo no se opone al Derecho internacional, incluso cuando el hecho está permitido en el

⁸⁰ Vid. *Bergmann*, Begehungsort págs. 49 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 16; *SK (Samson)* § 9 núm. 9; *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 218; *LK (10.^a) (Tröndle)* § 9 núms. 5 y 12; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 6.

⁸¹ Para estos casos, aunque dentro de unos márgenes estrechos, el § 153 c II StPO abre la posibilidad de prescindir de la persecución penal.

⁸² En contra se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Lackner*, § 9 núm. 2; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 16; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 6. Acerca de la terminación del delito vid. *Jescheck*, *Welzel-Festschrift* págs. 685 ss.

⁸³ Igualmente, *LK (10.^a) (Tröndle)* § 9 núm. 6; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 215 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 7; vid. igualmente en relación con el concurso de delitos las RG 16, 188 (190); 43, 84 ss. En contra, *Kohlrausch/Lange*, System nota preliminar VI A.

lugar donde se perpetra la acción⁸⁴. En los *delitos de omisión impropia* el resultado viene determinado por el acaecimiento de la lesión o de la puesta en peligro que el autor debería haber impedido sobre la base de su deber de garante. (OLG Köln NJW 1968, pág. 954). La *tentativa* se entiende cometida en territorio nacional aunque el autor haya actuado en el extranjero, siempre que el resultado hubiera de producirse dentro del país (BGH 4, 333 [335]) y viceversa (RG 30, 98; 41, 35 [47]; 49, 437 [439]; RG HRR 1939 núm. 397).

Ejemplos: Los autores querían introducir café de contrabando en terreno federal procedente de Luxemburgo, aunque abandonaron los sacos en los que lo llevaban al ser descubiertos. El resultado, esto es, la disminución de los recursos aduaneros, debió suceder en territorio nacional (BGH 4, 333 [335]). El establecimiento y funcionamiento de emisoras piratas que funcionan en alta mar y cuyas señales son recibidas en Alemania, caen dentro del poder punitivo alemán de acuerdo con el § 9 I ya que según el art. 2 de la Ley para la prevención de emisiones radiofónicas (etc.) (BGBl. 1969 II pág. 1939) el resultado está constituido por la recepción y, en su caso, perturbación del funcionamiento de las emisiones que tienen lugar en Alemania⁸⁵. El disparo mortal de un guardián del muro sobre la frontera de la República Federal fundamenta el poder punitivo de ésta (BGH 40, 48 [51]).

3. La regulación del lugar de comisión del delito contenida en el § 9 II y relativa a la **participación** se adecua al sentido de la aplicación de la teoría de la ubicuidad, puesto que el hecho principal puede ser entendido como el “resultado” de la acción del partícipe. De acuerdo con ello, la inducción y la complicidad son cometidas tanto en aquel lugar en el que el inductor influye sobre el autor (RG 25, 424 [426 ss.]) o donde el cómplice le apoya (BGH 4, 333 [335]), como allí donde se perpetra el hecho principal, por lo que aquí resultan nuevamente de aplicación las posibilidades que en relación al lugar del hecho principal están previstas en el § 9 I (lugar de la acción, de la omisión, del acaecimiento del resultado o donde estuviera previsto que éste sucediera) (BGH 20, 89 [90])⁸⁶. Refiriéndose la participación a un hecho punible según el Derecho alemán pero impune según

⁸⁴ Así, *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen pág. 151.

⁸⁵ Vid. *Oehler*, Piratensender págs. 15 ss. El Tribunal Supremo de Holanda adoptó una tesis diversa en su sentencia de 24.1.1984 (Ned Jurisprudentie 1984, pág. 538) en el caso de la emisora pirata “Compañía Naviera Panlieve S.A.” que enarbolaba pabellón panameño.

⁸⁶ Vid. *Bergmann*, Der Begehungsort págs. 43 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 9 núm. 5; *LK* (10.ª) (Tröndle) § 9 núm. 8; *Schröder*, ZStW 61 (1942) pág. 129. Crítico con la extensión del poder punitivo en este punto se muestran *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 267 ss. y *Jung*, JZ 1979, págs. 325 ss.

la normativa extranjera del lugar de comisión, el conjunto del suceso es enjuiciado a pesar de todo según el Derecho nacional debido al carácter punible de la participación. Esta regulación contenida en el § 9 II viene a asumir la actual teoría y práctica jurisprudencial (RG 9, 10 [13]; RG JW 1936, pág. 2655; BGH 4, 333 [335])⁸⁷. De todas formas, el hecho principal debe dirigirse contra un bien jurídico que esté protegido por la correspondiente disposición penal del Derecho alemán, incluso aunque el mismo sea extranjero (vid. *supra* § 18 III 8), de modo que, por ejemplo, la complicidad prestada en Alemania a una infracción de las disposiciones aduaneras cometida en el extranjero no resulta punible (RG 14, 124 [128 ss.]). También debe enjuiciarse como un delito sometido al Derecho alemán la *tentativa* de participación (§ 30) en la que la ejecución del hecho principal se proyecta en el extranjero (RG 37, 45 [47]).

4. Los supuestos de **colaboración** al delito se han de resolver también de acuerdo con la teoría de la ubicuidad que sirve de base al § 9. Y así, para la **coautoría** basta con que uno de los intervinientes haya realizado su aportación al hecho desde territorio nacional (RG 57, 144 [145 ss.]), lo que por cierto debe ser suficiente para fundamentar aquélla (BGH JR 1993, 291: basta con que el del acuerdo haya tenido lugar dentro del país)⁸⁸. En la *autoría mediata* el lugar de comisión del delito es tanto aquel en el que el hombre de atrás actúa sobre su instrumento como allí donde éste actúa, así como, finalmente, el sitio donde acaece o debía acaecer el resultado (RG 10, 420 [422 ss.]; 13, 337 [339]; 39, 258 [263]; 67, 130 [138])⁸⁹.

V. El dolo en Derecho penal internacional

La regulación del ámbito de vigencia del Derecho penal nacional no pertenece a los elementos del tipo legal, sino que corresponde a la **delimitación de la competencia penal estatal** sobre las acciones con trascendencia internacional. Según esto las disposiciones del Derecho penal internacional no son condiciones objetivas de punibilidad vinculadas al tipo, por lo que el autor no necesita haber abarcado con su dolo la aplicabilidad de un Ordenamiento penal determinado

⁸⁷ Vid. *Bergmann*, Der Begehungsort págs. 45 ss.; *Jescheck*, IRuD 1956, pág. 94; *Schröder*, ZStW 61 (1942) págs. 95 ss. Una crítica a esta solución puede verse en *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 269 ss. y *Jung*, JZ 1979, págs. 325 ss.

⁸⁸ Vid. *Dreher/Tröndle*, § 9 núm. 2; *Lackner*, § 9 núm. 2; *LK* (10.^a) (*Tröndle*) § 9 núm. 15; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 4. Por el contrario, *Oehler*, Internationales Strafrecht pág. 270, estima injusto que el coautor que actúa exclusivamente en el extranjero no esté sometido al poder punitivo alemán.

⁸⁹ Vid. *Bergmann*, Der Begehungsort págs. 73 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 9 núm. 4.

(BGH 27, 30 [34])⁹⁰. Si aquél se equivoca acerca del contenido de injusto del hecho es protegido a través de la entrada en juego del error de prohibición.

VI. Conceptos extrapenales del Derecho penal internacional

1. El concepto de **territorio nacional** se determina conforme a una concepción internacional y jurídico-estatal.

En la situación jurídica anterior a la integración de la RDA (art. 1 EV) el territorio nacional estaba constituido sólo por la superficie perteneciente al Estado sobre la que éste ejerce su poder soberano (BGH 30, 1; 32, 293 [297]). Tras la firma en el año 1970 de los Acuerdos del este con la Unión Soviética y Polonia (vid. la 4.^a Ed. de esta obra pág. 163), así como con la sanción en el año 1972 del Tratado básico con la desaparecida RDA (vid. ibídem pág. 171), este concepto *funcional* limitado al ejercicio material del poder punitivo se convirtió en dominante debido a que tenía que conseguirse una aplicación adecuada de las reglas del Derecho penal internacional. Desde la integración de la RDA a la República Federal de Alemania este concepto vuelve a configurarse sin limitaciones. No obstante, el anterior concepto funcional de territorio nacional sigue siendo todavía relevante para el tratamiento de los hechos anteriores cometidos en la RDA (vid. *supra* § 15 IV 8).

Al territorio nacional pertenecen también las aguas interiores (internal waters), el mar territorial (territorial sea)⁹¹, el espacio aéreo existente sobre el terreno estatal

⁹⁰ Así Dreher/Tröndle, nota preliminar núm. 60 antes del § 3; Lackner, § 9 núm. 1; Nowakowski, JBl 1972, pág. 21 nota a pie núm. 16; Schönke/Schröder/Eser, nota preliminar núm. 91 antes de los §§ 3-7. Diferenciando según los supuestos Oehler, Internationales Strafrecht pág. 552; Jakobs, Allg. Teil 5/12 ss. Por el contrario, exige el dolo con carácter general Germann, SchwZStr 69 (1954) pág. 243.

⁹¹ El ejercicio del poder estatal en el mar territorial (sobre su concepto vid. Oehler, Internationales Strafrecht págs. 293 ss.) está sometido a ciertas limitaciones que pertenecen sobre todo al derecho al derecho de paso pacífico de los barcos de otros Estados; vid. el art. 1 del Convenio sobre el Mar Territorial y de la Zona Limítrofe de 29.4.1958, Recueil des Traités 516 (1964) núm. 7477. Sobre ello vid. F. Münch, WVR Tomo II págs. 388 ss. La extensión del mar territorial es una de las grandes cuestiones objeto de discusión en el Derecho del mar. La Convención sobre el Derecho del Mar de 10.12.1982 sitúa a aquélla en doce millas marítimas (art. 3). A partir del 26.3.1985 la República Federal de Alemania ha adelantado sus aguas territoriales en la Bahía alemana hasta la isla de Helgoland delimitando así una especie de "caja", aunque sin asumir con carácter general una ampliación de sus aguas territoriales limitadas a las tres millas marinas (Proclamación de 12.11.1984 BGBl. I pág. 1366). Sobre todo ello vid. en detalle Gündling, Ergänzbare Lexikon des Rechts 4/640; Kokott/Gündling, ZaöRV 54 (1985) págs. 675 ss.

hasta el límite del espacio exterior (al respecto vid. *infra* § 18 VI 2 nota a pie núm. 97) y la tierra subterránea que hay debajo de dicho terreno. Los edificios residenciales y de servicios de las delegaciones diplomáticas extranjeras gozan en realidad de privilegios frente al poder punitivo del país anfitrión, pero pertenecen al territorio nacional (RG 57, 368 [369 ss.])⁹². Para aguas y puentes fronterizos la frontera del territorio nacional discurre por el medio de aquéllos (RG 9, 370 [374 y 378]). Lo mismo rige para los lagos interiores (RG 57, 368 [369 ss.]; OLG Köln, NJW 1982, pág. 2740). El zócalo continental no es territorio nacional, aunque sobre la base de la Convention on the Continental Shelf de 29.4.1958 el Estado territorial ejerce allí ciertos derechos soberanos con la finalidad de investigar y explotar sus recursos naturales. Por ello, según el § 9 de la Ley de 24.7.1964 (BGBl. I pág. 497) rige el Derecho penal alemán para los delitos que atenten contra el § 7 de este cuerpo legal⁹³. Vid., asimismo, el § 5 núm. 11 (sobre el mismo vid. *supra* § 18 III 3)⁹⁴.

Los antiguos territorios alemanes de la zona del este son **territorio extranjero** de acuerdo con el Derecho estatal e internacional. Su cesión fue llevada a cabo con a través del tratado suscrito con la Unión Soviética el 12.8.1970 (BGBl. 1972 II pág. 353) y con Polonia el 7.12.1970 (BGBl. 1972 II pág. 361) (vid. la 4.^a ed. de esta obra pág. 163). Esta situación jurídica ha encontrado su confirmación definitiva a través del art. 1 del Tratado sobre la delimitación definitiva de Alemania de 12.9.1990 (BGBl. II pág. 1318) ("Tratado dos más cuatro").

2. Todas los ámbitos que no son territorio nacional lo son **extranjero** en el sentido del Derecho penal internacional. De este modo, el territorio extranjero no sólo está constituido por las zonas soberanas de los otros Estados sino también por aquellos espacios que no están sometidos a ningún poder punitivo como el alta mar⁹⁵, la Antártida⁹⁶, el Polo Norte y el espacio exterior⁹⁷.

⁹² En relación con esta cuestión vid. *Vogler*, ZStW 92 (1980) págs. 1040 ss.

⁹³ Vid., para más detalles, *Frowein*, ZaöRV 25 (1965) págs. 1 ss.; *Oehler*, Internationales Strafrecht págs. 305 ss.; *Rozakis*, Continental Shelf, Encyclopedia Tomo I pág. 783; *Klages*, Meeresumweltschutz und Strafrecht págs. 36 ss. Acerca de los puestos aduaneros y los espacios incluidos y excluidos en ellos *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 31 a antes de los §§ 3-7.

⁹⁴ En relación con las plataformas petroleras y otras instalaciones artificiales sobre el mar *Münch*, Artificial Islands, Encyclopedia Tomo I pág. 268.

⁹⁵ Acerca del principio de libertad marítima vid. el art. 2 núm. 1 del Convenio sobre Alta Mar de 29.4.1958 (BGBl. 1972 II pág. 1091).

⁹⁶ Vid. el Tratado sobre la Antártida de 1.12.1959 (Recueil des Traités 402 [1961] núm. 5778 pág. 73); con detenimiento, además, *Wolfrum/Klemm*, Antarctica, Encyclopedia Tomo I pág. 173.

⁹⁷ El espacio exterior es una zona carente de soberanía donde no existe posibilidad de apropiación; vid. el art. II del Tratado de 27.1.1967 (BGBl. 1969 II pág. 1969). Según el art. VIII

3. El concepto de “**ámbito de vigencia espacial de esta Ley**” que es utilizado a menudo por el StGB⁹⁸, comprendía al territorio federal y a Berlín Oeste con anterioridad a la integración de la RDA (art. 1 EV). En la actualidad ya se corresponde con el concepto de territorio nacional (vid. *supra* § 18 IV 1).

4. La **nacionalidad alemana** se determina de acuerdo con la Ley sobre la Ciudadanía del Imperio y del Estado de 22.7.1913 (RGBl. pág. 583), así como por el art. 116 I GG. Extranjero en el sentido del Derecho penal internacional es toda persona que carece de la nacionalidad alemana y, por tanto, también los apátridas (§ 1 de la Ley de Extranjería de 28.4.1965, BGBl. I pág. 353). De conformidad con los Tratados suscritos en el año 1970 con Polonia y la Unión Soviética, también son extranjeros los habitantes de origen alemán de los territorios cedidos del este en tanto que éstos no poseyeran ya jurídicamente la nacionalidad alemana a la fecha de 8.5.1945. No obstante, pueden adquirirla según estipula el art. 116 I GG a través de su acogida por la República Federal (vid. también la BGH 11, 63).

Sobre la condición de alemán en el sentido del hasta ahora concepto funcional de territorio nacional que todavía posee relevancia para el tratamiento de los hechos anteriores cometidos en la RDA vid. la 4.^a ed. de esta obra pág. 172.

VII. Excurso: Derecho penal europeo

Bieber, Die Abkommen von Schengen über den Abbau der Grenzkontrollen, NJW 1994, pág. 294; *Commission of the European Communities* (Ed.), The Legal Protection of the Financial Interests of the Community, 1993; *Dannecker*, Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, en: *Eser/Huber* (Eds.) Strafrechtsentwicklung in Europa, Tomo 4/3, 1995, pág. 1965; *Dannecker/Fischer-Fritsch*, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989; *Grasso*, Comunità europee e diritto penale, 1989; *Jescheck*, Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften, ZStW 65 (1953) pág. 496; *el mismo*, European Criminal Law in Development, Festschrift für Robert Rie, 1975, pág. 25; *el mismo*, Möglichkeiten und Probleme eines europäischen Strafrechts, Festschrift für Jhong-Won Kim, 1991, pág. 947; *Johannes*, Zur Angleichung des Straf- und Strafprozeßrechts in der EWG, ZStW 83

del Tratado, para las aeronaves espaciales rige el Derecho del Estado al que pertenezca el pabellón; fuera de la aeronave la tripulación está sometida al principio activo de personalidad. El límite del espacio exterior está situado por encima de los 80 km sobre la superficie de la tierra, vid. *A. Meyer*, *Karanikas-Festschrift* pág. 222; *Dausses*, NJW 1973, pág. 176.

⁹⁸ Vid. la recopilación realizada en *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 32 §§ 3-7. Profundizando en ello *Langrock*, Der besondere Anwendungsbereich págs. 39 ss. Críticamente, *Schroeder*, GA 1968, págs. 353 ss.; *Schroth*, NJW 1981, págs. 500 ss.

(1971) pág. 540; *Kühl*, Der Einfluß der MRK usw., ZStW 100 (1988) págs. 406, 601; *Mezzetti*, La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea, 1994; *Müller-Rappard/Bassiouni* (Edrs.), European Inter-State Cooperation in Criminal Matters, 2.^a Ed. Tomos I, II, 1991; *Schutte*, The European Market of 1993: a test for a regional model of supranational criminal justice or of interregional cooperation, en: *Eser/Lagodny* (Edrs.), Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law, 1992, pág. 387; *Sieber*, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 957; *Tiedemann*, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1411; *el mismo*, Der Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1990, pág. 2226; *el mismo*, Anmerkung zu EuGH vom 21.9.1989, EuZW 1990, pág. 100; *el mismo*, Anmerkung zu EuGH vom 27.10.1992, NJW 1993, pág. 49; *el mismo*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, pág. 23; *el mismo*, Reform des EG-Sanktionswesens, Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, pág. 114; *Vogel*, Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler Sanktionen, en: *Dannecker* (Ed.), Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EGBereich, 1993, pág. 170; *Vogler*, Zur Tätigkeit des Europarats auf dem Gebiet des Strafrechts, ZStW 79 (1967) pág. 371; *el mismo*, Die strafrechtlichen Konventionen des Europarats, Jura 1992, pág. 586; *Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen usw., ZStW 105 (1993) S. 774.

1. No existe un Derecho penal europeo en sentido estricto sino tan sólo **aportaciones**⁹⁹ al mismo que, no obstante, tienen una gran importancia tras la entrada en vigor del mercado único interior el 1.1.1993 y el establecimiento de la **Unión Europea (UE)** sobre la base del Tratado en la que se constituye la misma (Tratado de Maastricht) de 7.2.1992 (BGBl. II pág. 1253). Los comienzos de un Derecho penal europeo descansan, de un lado, en la actividad del Consejo de Europa en Estrasburgo y, de otro, en los esfuerzos de las Comunidades Europeas (que de acuerdo con el art. A II del Tratado de Maastricht son la base de la UE) para proteger sus intereses, sobre todo de naturaleza financiera, frente a actitudes lesivas de los mismos. El Consejo de Europa, creado en el año 1949, tiene el carácter de una alianza de Derecho internacional entre Estados soberanos. Por este motivo no puede dictar normas jurídicas que posean una eficacia inmediata sobre los Estados miembros, sino tan sólo preparar tratados que requieren la ratificación de aquéllos. Por el contrario, la UE es una integración de Estados que han cedido determinados derechos soberanos a la Comunidad (art. 23 I GG). De ahí que el Consejo Europeo y la Comisión de la UE (como continuación de la actividad de los órganos correspondientes de la CE) pueden crear un Derecho comunitario propio en materia de competencias transferidas a la Comunidad,

⁹⁹ Sobre ello *Jescheck*, Rie-Festschrift págs. 25 ss.; *Grasso*, Comunità europee pág. 22.

que también incluya la protección de bienes jurídicos e intereses financieros de la UE. El Derecho penal europeo es, pues, una **materia singular** que contiene tanto Derecho convencional internacional como también Derecho comunitario europeo y, además, Derecho nacional referido a Europa y principios penales comunes a los Estados europeos.

2. En el ámbito del **Consejo de Europa**¹⁰⁰ las aportaciones a un Derecho penal europeo vienen determinadas por la Convención Europea para la protección de los Derechos de la Persona y las Libertades Fundamentales de 4.11.1950 con sus protocolos adicionales, así como los tratados elaborados en el marco del Consejo acerca de la cooperación recíproca de los Estados en la Administración de Justicia penal.

a) Para el Derecho penal material es importante sobre todo el art. 3 de la **Convención Europea sobre los Derechos de la Persona** que prohíbe la tortura así como las penas inhumanas y degradantes. Además, en el Protocolo Adicional núm. 6 de 28.4.1983 (BGBl. 1988 II pág. 662) se declara lo siguiente: “Queda abolida la pena de muerte”. Digno de mención es también el art. 7 que determina con carácter internacional el principio de legalidad. Es importante para la protección efectiva de los derechos de la persona que la Convención haya creado una Comisión y un Tribunal sobre aquéllos, pudiendo conocer la primera de demandas promovidas individualmente (art. 25). Además, ambos órganos han dictado un considerable número de resoluciones relacionadas con el Derecho penal y el Derecho procesal penal de los Estados miembros, y en no pocas ocasiones han comprobado la vulneración de las garantías jurídicas contenidas en la MRK¹⁰¹.

b) En el marco del Consejo de Europa han sido creados **dieciocho convenios y protocolos** que afectan al Derecho penal y al Derecho procesal penal¹⁰². De todos modos en su mayoría han sido ratificados sólo por una pequeña parte de los Estados miembros. De ellos, los más importantes son el Convenio Europeo sobre Extradición de 13.12.1957 (BGBl. 1964 II pág. 1371) y el Convenio Europeo de Cooperación Jurídica en Procesos Penales de 20.4.1959 (BGBl. 1964 II pág. 1386) que rigen para casi todos los Estados miembros. Deben mencionarse también la Convención Europea para el Castigo de las Infracciones en materia de Circulación Vial de 1964, la Convención Europea para la Validez Internacio-

¹⁰⁰ Sobre la actividad del Consejo de Europa en el ámbito del Derecho penal Vogler, ZStW 79 (1967) pág. 371; *el mismo*, Jura 1992, pág. 586.

¹⁰¹ En profundidad al respecto Kühl, ZStW 100 (1988) págs. 406 ss., 601 ss.

¹⁰² Contenidos en la colección Müller-Rappard/Bassiouni, European Inter-State Cooperation in Criminal Matters (1991).

nal de Sentencias Penales de 1970, la Convención Europea para el Traspaso de Procesos Penales de 1972 y la Convención Europea sobre el Traslado de Personas Condenadas de 1983 (BGBl. 1991 II pág. 1006). Sólo la última de las convenciones mencionadas ha sido ratificada por la República Federal de Alemania. Su vigencia hace posible el traslado de una persona condenada a una pena de prisión a otro país signatario al que el condenado pertenece, para llevar a cabo en este último la ejecución de aquélla y sin necesidad de seguir un procedimiento formal de extradición. Un Protocolo adicional importante para la cooperación europea —especialmente en relación con la doble punibilidad en Derecho penal internacional— del año 1978 (BGBl. 1987 II pág. 59), prevé que los Estados intervinientes se informen recíprocamente a través de consultas sobre su Derecho material y procesal así como sobre su organización judicial en materia de Administración de Justicia penal y el Derecho relativo a la ejecución de penas.

3. La **producción jurídica de la UE** en el terreno penal y administrativo-sancionador está destinado a la protección de bienes jurídicos e intereses financieros de la UE, a través de su trasvase al Derecho nacional penal, contravencional o administrativo de los Estados miembros, o mediante la creación de un Derecho administrativo-sancionador propio de la UE¹⁰³. Por el contrario, la UE **no** posee un **poder punitivo** propio, al igual que tampoco lo tuvieron las Comunidades Europeas. Así pues, no puede dictar ni verdaderas disposiciones penales ni tampoco crear órganos que impongan penas criminales¹⁰⁴.

a) Los Estados miembros de la UE pueden, en primer lugar, proteger inmediatamente tanto bienes jurídicos propios como pertenecientes a la UE **a través de su propio Derecho nacional ya sea penal o cualquier otro Derecho sancionador**¹⁰⁵. Ejemplos de ello en Derecho alemán son las disposiciones penales contra el fraude de subvenciones (§ 264 VI) que también comprende el supuesto en el que se trata de una subvención perteneciente al Derecho de la UE, así como los §§ 67, 69 a) de la Ley sobre el Vino en su redacción de 27.8.1982 (BGBl. I pág. 1196), que también se introducen en la protección penal con las disposiciones de la UE mencionadas en los Anexos I y II de esta Ley. Especialmente importantes

¹⁰³ Sobre la ello *Jescheck*, Kim-Festschrift págs. 958 ss.; *Sieber*, ZStW 103 (1991) pág. 957; *Tiedemann*, NJW 1993, pág. 23; *Weigend*, ZStW 105 (1993) págs. 778 ss.; *Dannecker*, Strafrecht der EG págs. 1998 ss.

¹⁰⁴ Acerca de la anterior situación jurídica que en este punto ha permanecido invariable, *Johannes*, ZStW 83 (1971) págs. 539 ss.; *Dannecker*, Strafrecht der EG pág. 1990.

¹⁰⁵ Sobre la legislación correspondiente de distintos Estados miembros *Mezzetti*, La tutela págs. 19 ss.

son, además, los §§ 56 ss. de la Ley sobre Alimentos y Objetos de Consumo, modificada por la Ley de 25.11.1994 (BGBl. I pág. 3538), que en este ámbito sitúan a las infracciones contra el Derecho de la UE bajo amenaza penal o administrativa cuando, de acuerdo con el § 60 de esta Ley, un reglamento se remite a tales disposiciones penales o administrativas.

b) Los órganos de la UE pueden, por medio de **reglamentos y directivas**, obligar a los Estados miembros a prohibir y sancionar a través de su Derecho nacional aquellas acciones que atenten contra la ordenación del mercado de la Comunidad, a cuyos efectos entran en consideración penas, sanciones pecuniarias impuestas por el Derecho contravencional, así como también sanciones administrativas (multas coercitivas) (por ejemplo, los arts. 13 y 14 de la Directiva núm. 592/89 de 13.11.1989 relativa a abusos comerciales). De acuerdo con el principio de fidelidad comunitaria (art. 5 EGV), los Estados miembros están obligados a decretar e imponer sanciones eficaces y proporcionadas para infracciones contrarias a los intereses de la UE (EuGH NJW 1990, pág. 2245)¹⁰⁶. También deben organizar su Derecho nacional penal, contravencional y administrativo, de tal modo que persigan las infracciones del Derecho comunitario sin consideración a si el autor es nacional o extranjero y con independencia del lugar de comisión del hecho. De ahí que como en Alemania las sanciones pecuniarias están previstas de acuerdo con el régimen jurídico establecido por la OWiG, el principio de territorialidad vigente para las mismas (§ 5 OWiG) tiene que ser ampliado.

c) Además, las normas jurídicas de la UE pueden **remitirse** a los tipos penales nacionales extendiéndose así de modo inmediato la protección a los bienes jurídicos afectados por la remisión. Este tipo de remisiones al Derecho penal de los Estados miembros se contienen, por ejemplo, en el art. 27 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea del año 1957 (perjurio cometido por un testigo o perito) y el art. 194 II del Tratado constitutivo de la Comunidad Atómica Europea de 1957 (infracción de disposiciones mantenidas en secreto).

d) Si bien la UE no posee un poder punitivo criminal propio, sí dispone en cambio, aunque dentro de estrechos márgenes, de un **poder sancionador pecuniario** propio. Éste se contiene en diversas disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero de 1951¹⁰⁷. En el Tratado fun-

¹⁰⁶ Al respecto *Tiedemann*, NJW 1990, pág. 2226; mostrándose crítico sobre la cuestión *Schutte*, *The European Market* págs. 395 ss.

¹⁰⁷ En relación con este tema *Jescheck*, ZStW 65 (1953) pág. 502. Extensamente sobre la competencia sancionadora de carácter pecuniario de la Comunidad Europea *Dannecker*, *Strafrecht der EG* págs. 2047 ss.

dacional de la Comunidad Económica Europea (EWG) de 1957 esta atribución fue restringida de forma mucho más estrecha, lo que evidencia que los Estados miembros no son especialmente proclives a traspasar competencias sancionadoras a las autoridades europeas. Una autorización para la imposición de sanciones pecuniarias se contiene sólo en el art. 87 en conexión con los arts. 85 y 86, todos ellos del Tratado EWG (infracciones contra la prohibición de cárteles). Sobre la base de esta disposición se ha promulgado el Reglamento núm. 17 del Consejo de la EWG en cuyo art. 15 atribuye a la Comisión la competencia para imponer a los Estados, empresas e, incluso, a los particulares, sanciones pecuniarias para infracciones determinadas de la libre competencia. Tales decisiones no son, tal y como expresamente subraya el art. 15 IV del Reglamento núm. 17, de naturaleza jurídico-penal. Ha habido repetidas condenas por parte de la Comisión como, por ejemplo, la recaída sobre el cartel "Chinin" de ámbito internacional a través de una decisión del año 1969¹⁰⁸ que ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de Justicia¹⁰⁹. Además, un poder sancionador propio de la EG en materia agraria y de pesca ha sido fundamentado, por lo demás de forma ilegal, sobre los arts. 40 III, 43 II y 172 EGV¹¹⁰. En este ámbito han sido aplicadas, asimismo, sanciones administrativas frente a beneficiarios de ayudas financieras que han suministrado datos falsos para su obtención (por ejemplo, disminución de las ayudas, obligación de devolverlas con recargo, exclusión de las mismas)¹¹¹. Como de todo ello puede deducirse que la UE reforzará en un futuro la imposición de sanciones propias, se plantea la labor de desarrollar las reglas comunes de la Parte General (principio de legalidad¹¹², de culpabilidad, error, causas de justificación y de exculpación, autoría y participación, responsabilidad de las empresas) procedentes de los Ordenamientos penales de los Estados miembros, sobre las que puedan apoyarse los órganos de la UE en el ejercicio de su actividad sancionadora¹¹³.

¹⁰⁸ Decisión de la Comisión de fecha 16.7.1969, Boletín Oficial de la Comunidad Europea 1969 L 192/5.

¹⁰⁹ EuGH, EuR 1971, pág. 41.

¹¹⁰ EuGH NJW 1993, pág. 47 con comentario de *Tiedemann*, así como *Tiedemann*, Pfeiffer-Festschrift págs. 114 ss. En contra, con razón, *Sieber*, ZStW 103 (1991) pág. 972; *Vogel*, Die Kompetenz der EG págs. 180 ss.

¹¹¹ Vid. *Heine*, Community Penalties usw, en: Commission of the European Communities, The Legal Protection pág. 21; *Grasso*, A New Approach to Community Administrative Penalties, ibídem pág. 31.

¹¹² Sobre la prohibición de la analogía *Dannecker/Fischer-Fritsch*, Das EG-Kartellrecht págs. 345 ss.

¹¹³ Al respecto *Tiedemann*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1411 ss.

e) Un poder punitivo criminal o administrativo-sancionador más amplio de la UE que, en sí mismo, sería deseable político-criminalmente, únicamente podría ser creado a través de una **ampliación del Tratado de la EG**. Medidas declarativas o ejecutivas que tan sólo poseen una naturaleza jurídico-administrativa tales como obligaciones pecuniarias de devolución, exigibilidad de intereses y recargos, ya pertenecen a la competencia de la UE. Por el contrario, la introducción de sanciones represivas que vayan más lejos, requiere la legitimación democrática a través de la ratificación de un tratado complementario por parte de los Estados miembros¹¹⁴. La nueva regulación debería limitarse a la protección de los bienes jurídicos de la UE, respetando el principio de determinación, culpabilidad y el de proporcionalidad entre el hecho y la reacción para las sanciones.

f) **Tampoco el Tratado de Maastricht** contiene una ampliación de las competencias en la imposición de sanciones represivas. Como “asuntos de interés común” son mencionados en el art. K1 los siguientes: la lucha contra comportamientos fraudulentos a escala internacional (núm. 5), la cooperación judicial en asuntos penales (núm. 7), la cooperación en materia aduanera (núm. 8), la cooperación policial en la prevención del terrorismo, del tráfico ilegal de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional...en conexión con la organización, a nivel de la Unión, de un sistema de intercambio de informaciones en el marco de una Oficina Europea de Policía (Europol) (núm. 9)¹¹⁵. Según el art. K3 II b el Consejo puede adoptar medidas conjuntas en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común. En relación al marco de la colaboración jurídica y oficial, estas disposiciones del Tratado de Maastricht no van más allá. El propio art. 209a introducido en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado de Maastricht, afirma sencillamente que los Estados miembros, para luchar contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad, adoptarán las mismas medidas que las que ellos mismos determinen para la protección de los intereses financieros que les son propios¹¹⁶. De este modo, la UE no recibe un poder sancionador propio.

¹¹⁴ Así, *Oehler*, *Jescheck-Festschrift* Tomo II págs. 1407 ss.; *Sieber*, *ZStW* 103 (1991) págs. 969 ss.; *Vogel*, *Die Kompetenz der EG* pág. 184.

¹¹⁵ En torno al significado del Acuerdo de Schengen de 14.6.1985 (BAnz. NÚM. 217 s de 23.11.1990) para la cooperación fronteriza policial, *Bieber*, *NJW* 1994, pág. 294.

¹¹⁶ Sobre esto vid. *de Moor*, *Maastricht: The Third Pillar* usw., en: *Commission of the European Communities, The Legal Protection* págs. 262 ss.

§ 19 El ámbito de vigencia personal

Ahrens, Immunität von Abgeordneten, 1970; *Beling*, Die strafrechtliche Behandlung der Exterritorialität, 1896; *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Bockelmann*, Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nach deutschem Immunitätsrecht, 1951; *Dahm*, Völkerrechtliche Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit, Festschrift für A. Nikisch, 1958, pág. 153; *Graul*, Immunitätsschutz für Regierungsmitglieder? NJW 1991, pág. 1717; *Heydlauf*, Die Praxis des Bundestages in Immunitätsangelegenheiten, Diss. Freiburg 1974; *Jakobs*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, NStZ 1987, pág. 87; *Jekewitz*, Freiheitsentzug und Abgeordnetemandat, GA 1981, pág. 433; *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch, Strafklagrecht, 1968; *Oehler*, Anmerkung zu BGH 28, 96, JR 1980, pág. 126; *el mismo*, Souveränität der Staaten und kriminalpolitische Tendenzen, en: *Bundeskriminalamt* (ed.), Internationale Verbrechensbekämpfung, 1985, pág. 117; *Ranft*, Staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit und Immunität der parlamentarischen Abgeordneten, ZRP 1981, pág. 271; *Rinck*, Die Indemnität der Abgeordneten im Bundesstaat des Bonner Grundgesetzes, JZ 1961, pág. 248; *Rüping*, Die völkerrechtliche Immunität im Strafverfahren, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 397; *Rumpf*, Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik, 1969; *Schmoller*, Anmerkung zu österr. OGH, JBl 1989, pág. 245; *Schwenk*, Die strafprozessualen Bestimmungen des NATO-Truppenstatus usw., NJW 1963, pág. 1425; *Verosta*, Exterritorialität, WVR, Tomo I, pág. 499; *Vogler*, Immunität, Exterritorialität und Asylrecht im internationalen Strafrecht, ZStW 92 (1980) pág. 1021; *Wengler*, Völkerrecht, Tomo II, 1964; *Witzsch*, Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der US-Strafkräfte, 1970.

I. El concepto de ámbito de vigencia personal del Derecho penal alemán

Las disposiciones sobre el ámbito de vigencia *internacional* del Derecho penal alemán regulan la cuestión relativa a si también cae bajo la órbita del poder punitivo alemán un hecho cuyo autor es extranjero, cuando es cometido fuera del país o cuando muestra cualquier otro tipo de conexión internacional. Por el contrario, en el ámbito de vigencia *personal* se trata de que determinadas **categorías de personas** pueden quedar **sustraídas del poder punitivo alemán** de forma permanente o temporal de acuerdo con el Derecho constitucional e internacional, a pesar de que los hechos a enjuiciar considerados en sí mismos estén sometidos al poder punitivo alemán. Estos casos están configurados en Derecho alemán como causas personales de exclusión de la pena (vid. *infra* § 52 II 1). En el tema del ámbito de vigencia personal hay que distinguir si la exclusión de la soberanía alemana se refiere al poder punitivo o a la jurisdicción penal. En el primer supuesto se trata de un problema del Derecho material y en el segundo de una cuestión de Derecho procesal penal.

II. Inviolabilidad e inmunidad según el Derecho constitucional

1. El emperador alemán y los príncipes de la confederación estaban sustraídos hasta el año 1918, en parte por el Derecho constitucional y en parte también por el Derecho consuetudinario, al poder punitivo alemán¹. La proposición “*princeps legibus solutus est*” (Dig. 1, 3, 31) no alcanzaba, sin embargo, al núcleo de la cuestión puesto que también el monarca debía obediencia a las leyes pero no estaba sometido a la *coacción penal*. Por el contrario, el **Presidente federal** está sujeto al poder punitivo alemán y sólo disfruta de la misma inmunidad que los diputados del Parlamento Federal (art. 60 IV en conexión con el art. 46 II-IV GG).

2. En relación con los *diputados* es necesario distinguir entre **inviolabilidad** e **inmunidad**. Según el § 36 a los miembros del Parlamento Federal (*Bundestag*), de la Asamblea Federal (*Bundesversammlung*) (art. 54 GG) o de los órganos legislativos de los Länder (parlamentos regionales y asambleas ciudadanas de ciudades libres), fuera de sus propias cámaras, en ningún momento les puede ser exigida responsabilidad a causa de los votos y expresiones manifestadas en los órganos colegiados mencionados o en sus comisiones (*inviolabilidad*). De este modo se expresa la exclusión permanente de su responsabilidad penal². Las afirmaciones realizadas en los grupos parlamentarios y sus comités de trabajo se equiparan a estos efectos en tanto que se encuentren relacionadas con la actividad parlamentaria de los diputados³; no sucede lo mismo, sin embargo, en relación con las opiniones manifestadas durante los mítines electorales (LG Koblenz NJW 1961, pág. 125) y en las conferencias de prensa (österr. OGH JBl 1989, págs. 245 ss. con comentario de *Schmoller*). Para diputados que simultáneamente ostentan la condición de ministros, la solución depende de si se han pronunciado como miembros del Gobierno o como representantes del partido político⁴. La exclusión de responsabilidad no rige en cambio para injurias difamatorias (§§ 90 III, 103, 187, 187 a II, 189); en esta medida, pues, los diputados pueden ser perseguidos penalmente. La razón interna del privilegio radica en la protección del discurso

¹ Con más detalle *Binding*, Handbuch págs. 667 ss.

² La cuestión referente a otro tipo de responsabilidad (civil o disciplinaria) se determina conforme al art. 46 I GG y las constituciones de los Länder.

³ Así, coincidiendo con el art. 37 de la Constitución de Baden-Württemberg *Maunz/Dürig*, art. 46 núm. 16 y *LK* (10.^a) (*Tröndle*) § 36 núm. 9; de otra opinión, *Schönke/Schröder/Eser*, § 36 núm. 4.

⁴ *Maunz/Dürig*, art. 46 núm. 8 en conexión con el art. 43 núm. 25. Para *Graul*, NJW 1991, pág. 1791, los miembros del Gobierno también se expresan por regla general como diputados, lo que ciertamente resulta adecuado a una democracia parlamentaria.

parlamentario y en la libertad de voto; por ello, el diputado no puede renunciar a su inviolabilidad⁵. La inviolabilidad constituye, en tanto que resulte aplicable el Derecho penal, una *causa personal de exclusión de la pena* (vid. *infra* § 52 II 1)⁶. Ello trae por consecuencia la punibilidad de quien colabora al hecho sin poseer la condición de diputado.

Por el contrario, la *inmunidad* de los diputados federales (art. 46 II-IV GG) es un *impedimento procesal* (en relación con el procedimiento vid. núms. 191-192 a RiStBV)⁷. Para los parlamentarios de los Länder rigen disposiciones similares, aunque en parte también diversas, de acuerdo con el Derecho territorial correspondiente; estas últimas normas vinculan también, según dispone el § 152 a StPO, a los órganos de la Federación a los de los restantes Länder (por ejemplo, art. 38 de la Constitución de Baden-Württemberg)⁸. La inmunidad de los diputados es un privilegio *parlamentario*; de ahí que la posibilidad de persecución en contra de aquéllos renazca con la terminación de su mandato.

3. Según el § 37 las **actas literales** (ya sean de tipo público o privado) relativas a las sesiones del Parlamento Federal o de un órgano legislativo de un Land o de sus comisiones, están igualmente libres de responsabilidad penal⁹. La naturaleza jurídica de esta clase de inviolabilidad es discutida. De acuerdo con un sector de opinión debe tratarse de una *causa de justificación*¹⁰. Sin embargo, no existe ningún motivo para clasificar la dispensa de las actas parlamentarias por

⁵ Rinck, JZ 1961, pág. 251.

⁶ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Maunz/Dürig*, art. 46 núm. 22; *Schönke/Schröder/Eser*, § 36 núm. 1; *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch pág. 156. Igualmente, StaatsGH Bremen MDR 1968, pág. 24. En cambio, *Jakobs*, Allg. Teil 10/15 ve en la inviolabilidad una "condición referida a roles sociales que excluyen el injusto o la tipicidad penal", lo que conduce a la impunidad del partícipe que, por ejemplo, actúa como "escritor fantasma" del diputado.

⁷ Esta postura constituye doctrina dominante; vid. *Bockelmann*, Die Unverfolgbarkeit pág. 28; *Schönke/Schröder/Eser*, § 36 núm. 2; *SK (Samson)* § 36 núm. 5; asumen una visión diferenciadora *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch págs. 156 ss.; *Bloy*, Dogmatische Bedeutung págs. 81 ss. Vid., además, *Heydlauf*, Die Praxis des bundestages in Immunitätsangelegenheiten, 1974; *Ranft*, ZRP 1981, págs. 271 ss.; *Jekewitz*, GA 1981, págs. 433 ss.

⁸ Sobre ello *Dreher/Tröndle*, § 36 núm. 2 con referencias adicionales.

⁹ Se derivan asimismo otras consecuencias adicionales según el art. 42 III GG y de las constituciones regionales.

¹⁰ Así, OLG Braunschweig NJW 1953, pág. 516 (517); *Dreher/Tröndle*, § 37 núm. 1; *Jakobs*, Allg. Teil 16/30; *Maunz/Dürig*, art. 42 núm. 36; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 26 núm. 3; *Kohlrausch/Lange*, § 12 comentario III; *Roxin*, Allg. Teil I § 23 núm. 14; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 315; *SK (Samson)* § 37 núm. 3.

encima de la inmunidad misma de los diputados. Lo correcto es, pues, aceptar que estamos ante una *causa de exclusión de la pena* que desde luego no es personal, esto es, no se limita a los ponentes sino que despliega efectos objetivos (no existe participación punible)¹¹.

III. Privilegios de Derecho internacional

1. Se encuentran sustraídas a la **jurisdicción alemana** aquellas personas que gozan del privilegio de la **extraterritorialidad**.

a) Según lo previsto en el art. 18 GVG aquéllas son, en primer lugar, los miembros de las **misiones diplomáticas** afincadas en territorio de la República Federal de Alemania, los miembros de su familia, así como los no nacionales que integran su servicio doméstico a tenor de lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18.4.1961 (BGBl. 1964 II pág. 957). Lo mismo rige de acuerdo con el § 19 GVG para los miembros de las **representaciones consulares**, incluidos los cónsules honorarios, de conformidad con el Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24.4.1963 (BGBl. 1969 II pág. 1585)¹². Los miembros de las misiones diplomáticas y las personas asimiladas a ellos disfrutan, por mandato de los arts. 31 ss. de la Convenio citada en primer lugar, de una exención completa de la jurisdicción penal del país anfitrión; por el contrario, según estipula el art. 43 del Convenio de 1963, los miembros de las representaciones consulares sólo lo están por las acciones cometidas en el cumplimiento de sus misiones consulares (BayObLG NJW 1974, pág. 431).

b) El § 20 GVG dispone que el privilegio rige también para **otras personas** que se encuentren sustraídas a la jurisdicción alemana, de acuerdo con las reglas generales del Derecho internacional, los convenios internacionales que Alemania suscriba o cualesquiera otras normas aplicables¹³. A esta categoría pertenecen los jefes de Estado extranjeros (en sus visitas están también incluidos los familiares que les acompañan y su séquito), diplomáticos en tránsito que están acreditados en otros Estados, representantes de países extranjeros en conferencias políticas

¹¹ Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 74; *Lackner*, § 37 núm. 1; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 37 núm. 1.

¹² Vid. al respecto la Circular del Ministro Federal de Interior de 14.3.1975 sobre "Diplomáticos y otras personas aforadas", reproducida por *Kleinknecht/Meyer-Gößner*, § 18 GVG núms. 11 ss.; además, *Vogler*, ZStW 92 (1980) págs. 1029 ss.

¹³ Acerca de este tema vid. *Verosta*, WVR Tomo I págs. 499 ss.; *Löwe/Rosemberg (Schäfer)* § 18 GVG núm. 5; en relación con "cualquiera otras normas aplicables" vid. *Kleinknecht/Meyer-Gößner*, § 20 GVG núm. 4.

internacionales, representantes de los Estados en organizaciones internacionales, funcionarios de alto rango de las mismas, miembros de los contingentes militares extranjeros (con autorización del Gobierno para la estancia temporal en territorio nacional), las tripulaciones de barcos de guerra y aviones militares extranjeros en la medida en que se encuentren a bordo de los mismos o en tierra en recintos cerrados, así como embajadores acreditados especialmente (BGH 32, 275 [287 ss.]; OLG Düsseldorf NStZ 1987, pág. 87 con comentario de *Jakobs*).

c) También las **tropas extranjeras** asentadas en Alemania están básicamente sustraídas a la jurisdicción penal alemana. En realidad, a tenor de lo dispuesto en el art. VIII del Estatuto de las Tropas de la OTAN de 19.6.1951 (BGBl. 1961 II págs. 1183, 1190) la jurisdicción se encuentra repartida entre el país que las envía y el que las recibe, y le correspondería a la República Federal la preferencia en el ejercicio de tal jurisdicción conforme al art. VII apartado 3b de dicho texto. No obstante lo anterior, en virtud del art. 19 del Acuerdo Adicional del Estatuto de las Tropas de la OTAN de 3.8.1959 (BGBl. 1961 II págs. 1183, 1218), la República Federal ha renunciado con carácter *general* a este privilegio a petición de los países remitentes (vid. también *supra* § 18 I 3)¹⁴. Un soldado que ya no pertenezca a las tropas mencionadas, puede ser perseguido penalmente por las autoridades alemanas por un hecho cometido durante el tiempo de su estancia como militar de tales contingentes, siempre que regrese al territorio nacional como persona particular (BGH 28, 96 con comentario de *Oehler*, JR 1980, pág. 126).

2. La prerrogativa de extraterritorialidad de la que gozan las personas referidas ha sido interpretada por algunos autores como una excepción jurídico-material en el sentido de una causa personal de exclusión de la pena¹⁵. Pero es preferible la **tesis jurídico-procesal**¹⁶ puesto que sólo ella se corresponde con el tenor literal

¹⁴ Más detalladamente *Kleinknecht/Meyer-Götsner*, § 18 GVG núm. 8; *Rumpf*, Truppenstationierung págs. 17 ss.; *Schwenk*, NJW 1963, págs. 1425 ss.; *Witzsch*, Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der US-Streitkräfte, 1970. Acerca de la regulación insatisfactoria en relación a los familiares que acompañan a los soldados americanos vid. *Oehler*, Internationale Verbrechensbekämpfung pág. 120.

¹⁵ Así, *v. Hippel*, Tomo II pág. 82; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 137; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 43; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 42, antes de los §§ 3-7; *Welzel*, Lehrbuch pág. 59; *AK (Lemke)* nota preliminar núm. 39 antes del § 3; *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung págs. 50 ss. con referencias adicionales.

¹⁶ En este sentido se pronuncia la jurisprudencia: RG 52, 167; BGH 14, 137 (139); 21, 29; 28, 96 (98); 32, 275 (276); 33, 97. Vid., además, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 70; *Beling*, Exterritorialität pág. 117; *Binding*, Handbuch pág. 686; *Dahm*, Nikisch-Festschrift pág. 168; *Jakobs*, Allg. Teil 10/13; *LK (10.ª)* (*Tröndle*) nota preliminar núm. 74 antes del § 3; *Löwe/Rosenberg (Schäfer)* § 18 GVG núm. 6; *Rüping*, Kleinknecht-Festschrift pág. 406; *Wengler*, Völkerrecht Tomo II pág. 955.

de los §§ 18-20 GVG y explica más satisfactoriamente el renacimiento del poder punitivo por parte del Estado destinatario a través de la renuncia a la preferencia en la jurisdicción por parte del Estado remitente. La *duración de la exención* es distinta en cada una de las categorías de personas que disfrutaban del privilegio de la extraterritorialidad. En algunas subsiste sólo en tanto que también lo haga el estatuto que sirve de fundamento para el privilegio, en otras perdura hasta que el Estado legitimado renuncia a la exclusión. Para las acciones cometidas en el ejercicio de actividades oficiales la inmunidad permanece incluso con posterioridad a la terminación del estatuto que sirve de base al privilegio (art. 39 de la Convención de Viena sobre Derecho Diplomático y art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho Consular), lo que sin embargo no sucede en caso de perpetración de delitos comunes (OLG Düsseldorf NStZ 1987, pág. 87).

§ 20 El ámbito de vigencia interior en Alemania

v. Bar, Das internationale Privat und Strafrecht, 1869; *Böckenförde*, Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat, 1967; *Eser*, Deutsche Einheit: Übergangsprobleme im Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 851; *Köhler*, Internationales Strafrecht, 1917; *Krey*, Zum innerdeutschen Strafanwendungsrecht, Diss. Bochum 1969; *Mattil*, Zur Problematik des internationalen Strafrechts, GA 1958, pág. 142; *Müller*, Erfahrungen und Gedanken zum deutschen Strafrecht aus der Sicht der neuen Bundesländer, ZStW 103 (1991) pág. 883; *Nowakowski*, Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze, JZ 1971, pág. 635; *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2.^a ed., 1983; *Rittler*, Zur Abgrenzung der Geltungsgebiete des gemein-deutschen und partikulär-österreichischen Strafrechts, ZStW 62 (1944) pág. 65; *Rumpf*, Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag, ZRP 1974, pág. 201; *Schneider*, Die Regelungen über das materielle Strafrecht im Einigungsvertrag, MDR 1990, pág. 1049; *Schröder*, Der Geltungsbereich der Teilstrafrechte im Deutschen Reich, DR 1942, pág. 115; *v. Weber*, Das interlokale Strafrecht, DStr 1940, pág. 182; *el mismo*, Interlokales Strafrecht, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 120.

I. Concepto, vigencia y puntos de conexión del Derecho penal interlocal

1. Mientras que el Derecho penal internacional delimita la extensión del poder punitivo del propio Estado en relación con los demás países, el **Derecho penal interlocal** regula la cuestión de la Ley penal aplicable cuando en diferentes territorios del mismo Estado en los que es ejercido el mismo poder punitivo, rigen leyes penales diversas que concurren al enjuiciamiento del hecho. Este es el

caso en el que, por ejemplo, en el lugar del delito rige una Ley penal distinta al lugar del domicilio del autor o al sitio donde se encuentra emplazado el tribunal competente para su enjuiciamiento. A diferencia, pues, del Derecho penal internacional, el Derecho penal interlocal es un verdadero *Derecho de colisión*: determina la Ley particular vigente (perteneciente al Derecho federal o al territorial) cuando el procedimiento penal muestra puntos de conexión en relación con varios ordenamientos dentro del mismo territorio soberano¹.

2. El Derecho penal interlocal no se encuentra regulado legalmente sino que rige como **Derecho consuetudinario** en virtud de su uso por los tribunales durante más de cien años² y de su reconocimiento generalizado por la literatura³. Anteriormente surgieron asimismo dudas acerca de una cuestión práctica de la mayor importancia, como era el hecho de si los principios del Derecho penal interlocal serían también aplicables por parte de los tribunales de la República Federal a los hechos que fueron cometidos en la zona de la RDA o si, por el contrario, lo serían el Derecho penal internacional ante la ausencia de un poder punitivo común a las dos Alemanias. Tras la integración de la desaparecida RDA a la República Federal son aplicables los principios del Derecho penal interlocal a la vista de las reservas jurídico-penales formuladas por ambas partes (vid. *infra* § 20 III).

3. El punto de conexión decisivo del Derecho penal interlocal es el **principio del lugar de comisión del hecho** (RG 74, 219 [220]; 75, 104 [107]; BGH 7, 53 [55]; BGH NJW 1960, pág. 305), con lo que el lugar del delito se determina de acuerdo con las reglas del § 9 (vid. *supra* § 18 IV) y aplicando la normativa más rigurosa para el caso de que concurren varios sitios en los que se perpetró la infracción. Este principio señala que una acción es enjuiciada según el Derecho penal vigente en el lugar de su comisión, pudiendo ser incluso un Derecho extraño para el tribunal competente. Rigiendo en aquél un Derecho distinto al lugar del domicilio del autor es aplicable este último en la medida en que resulte más riguroso, puesto que en este caso no parece infundado hacer responder al delincuente de acuerdo con el Derecho de su lugar de procedencia (**principio del**

¹ Schönke/Schröder/Eser, nota preliminar núm. 47 antes de los §§ 3-7; disiente de modo parcial Jakobs, Allg. Teil 5/27.

² La primera sentencia sobre esta materia fue la del Tribunal Supremo prusiano GA 1868, pág. 141. Vid., además, RG 74, 219 (220); BGH 7, 54 (55); BGH NJW 1960, pág. 305.

³ Vid. Kohler, Internationales Strafrecht pág. 223; v. Weber, DStr 1940, pág. 182; Schröder, DR 1942, pág. 1115; Baumann/Weber, Allg. Teil págs. 81 ss.; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 11 núm. 48; Kohbrausch/Lange, nota preliminar III antes de los §§ 3-7; Schönke/Schröder/Eser, nota preliminar núm. 51 antes de los §§ 3-7; SK (Samson) § 3 núms. 15 ss.

domicilio). Además, ello sólo rige cuando el domicilio del autor aparece ligado al Derecho territorial tal y como admite el art. 2 núm. 1 EGStGB⁴.

Ejemplos: En el año 1949 una mujer había cometido varios abortos en Thüringen y fue enjuiciada por ello en el año 1952 en Dortmund. Aquí resultó aplicable la Ley territorial vigente en Thüringen de 18.12.1947 en la que la pena de presidio sólo podía ser impuesta cuando concurría la profesionalidad (BGH NJW 1952, pág. 1146). A un homicidio cometido en la RDA se le aplicó asimismo el Derecho del lugar por ser más severo (BGH GA 1961, pág. 24). Quien poseyendo domicilio en Baviera e infringiendo el Derecho allí vigente vende cerveza de fabricación bávara en Hessen, será castigado de acuerdo con el Derecho bávaro si éste abarca al hecho cometido en Hessen.

Los principios del lugar de comisión del hecho y del domicilio son completados con el **principio de la lex fori**. El Derecho vigente en el partido judicial donde tiene su sede el tribunal competente es aplicado a delitos en los que, de acuerdo con el Derecho penal internacional de los §§ 5 y 6, sea aplicable el Derecho propio sin consideración al del lugar de perpetración de la infracción, así como cuando este último contradice principios indispensables de la *lex fori* (limitación a través del *ordre public*).

Ejemplos: Un habitante anterior de la República Federal fue castigado a causa de un hecho cometido en Berlín-Este en virtud del § 100 d II en su redacción anterior (traición a la patria), a pesar de que en el lugar del hecho la seguridad del Estado de la República Federal no estaba protegida en ese momento (BGH 10, 163). Un asesinato cometido en la RDA fue enjuiciado en la República Federal de acuerdo con la redacción del § 211 vigente en la primera de ellas (incorrectamente OGH 2, 337 [339]); no obstante, la pena de muerte entonces imperante en el lugar del delito fue sustituida por la de presidio perpetuo que regía para el asesinato en la RFA, porque la derogación de la pena de muerte por el art. 102 GG pertenece al *ordre public* de la República Federal (BGH GA 1961, pág. 25).

Pero en los casos en los que se recurre al “*ordre public*” en el fondo ya se han franqueado los límites del Derecho penal interlocal, porque este último parte de la aceptación de que en los distintos ámbitos se ejerce el mismo poder punitivo, de que se quieren proteger recíprocamente y de que poseen las mismas concepciones jurídicas básicas⁵.

⁴ Así, *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 54 antes de los §§ 3-7; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar III B 3 antes del § 3. No obstante, la doctrina mayoritaria se muestra contraria a la aplicación del Derecho vigente en el domicilio del autor; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 81 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 49; *Wessels*, Allg. Teil núm. 76; *Jakobs*, Allg. Teil 5/27; *LK* (10.^a) (*Tröndle*) nota preliminar 91 antes del § 3; *SK* (*Samson*) § 3 núm. 17.

⁵ Vid. *Mattil*, GA 1958, págs. 148 ss.

II. El desarrollo del Derecho penal interlocal y su aplicación en la República Federal antes de la integración de la RDA

1. La historia del Derecho penal interlocal⁶ comenzó cuando tras la ampliación de Prusia en 1866 estuvieron vigentes de modo simultáneo distintos ordenamientos penales, a pesar de que el Estado constituía una sola unidad. Por el contrario, hasta el año 1918 en la Federación del Norte y en el Imperio Alemán ya fue aplicado el Derecho penal internacional a las relaciones entre los distintos Estados federales, puesto que entre las partes integrantes había subsistido un fuerte nacionalismo⁷. Lo mismo sucedió, incluso, en la República de Weimar a pesar de que ésta estaba fuertemente impregnada por la tendencia hacia la unidad del Estado⁸. Con la incorporación de Austria en 1938 al Imperio Alemán y la subsistencia, a pesar de ello, del StGB austríaco, se emplearon nuevamente los principios del Derecho penal interlocal dado que se trataba de un "Derecho imperial con delimitación local"⁹.

2. Asimismo, en la actualidad el Derecho penal interlocal debe ser decisivo en la República Federal cuando se trate de **Derecho federal parcial** que, de acuerdo con el art. 125 GG, sigue rigiendo como Derecho federal en zonas de la República, ya que aquí se observa por parte de los Länder el poder punitivo unitario de la Federación (BGH 4, 396 [399]).

Ejemplo: Las disposiciones de la Ley del impuesto sobre la cerveza, que en Baviera están configuradas de un modo distinto al resto del territorio federal, deben ser aplicadas a un hecho cometido en dicho Land aún cuando aquél no resulte punible según la normativa vigente en el lugar donde tenga su sede el tribunal correspondiente (BGH 11, 365 [366]).

Pero también sucede lo mismo para el **Derecho territorial puro**, pues éste descansa sobre la autorización del legislador federal contenida en el art. 74 núm. 1 GG y en los arts. 2, 3, y 4 II-V EGStGB (vid. *supra* § 13 I 2)¹⁰.

⁶ Para más detalles vid. *v. Weber*, Kohlrausch-Festschrift págs. 120 ss.; *D. Schultz*, JR 1968, págs. 42 ss.

⁷ Vid. *v. Bar*, Internat. Privat-u. Strafrecht págs. 70 ss.; RG 1, 219 (222); 32, 57 (59). Vid. también la RG 50, 20 (22) relativa al ámbito de protección del Derecho regional.

⁸ *v. Hippel*, Tomo II pág. 73; *Frank*, § 5 anotación V 2.

⁹ Vid. *Rittler*, ZStW 62 (1944) pág. 65 nota a pie núm. 1.

¹⁰ Así, *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar IIIa antes del § 3; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 48 antes de los §§ 3-7; en contra *LK* (10.^a) (*Tröndle*) nota preliminar núm. 91 antes del § 3; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 91.

III. Las relaciones entre el Derecho penal de la República Federal y el Derecho penal todavía vigente de la desaparecida RDA

1. De acuerdo con el art. 315 I EGStGB en conexión con el § 2 III, para el **tratamiento** penal de los **hechos cometidos anteriormente en la RDA**, esto es, los delitos perpetrados **con anterioridad a la entrada en vigor de la integración** el 3.10.1990, resulta aplicable la Ley más favorable cuya averiguación discurre entre el Derecho penal de la RDA vigente en el momento de la comisión del hecho y el Derecho penal de la República Federal que en virtud del art. 8 EV entra en vigor en el territorio del este con la efectividad de la integración (vid. *supra* § 15 IV 8). Acerca de la situación jurídica anterior a la celebración del Tratado de Unificación vid. la 4.^a ed. de esta obra págs. 170 ss.

2. Para los hechos cometidos en el territorio de la antigua RDA **tras su adhesión** rige con carácter general el Derecho penal de la República Federal que en aquel ámbito geográfico entró en vigor el 3.10.1990. No obstante, **algunas disposiciones del Derecho penal de la RDA** han permanecido allí vigentes como **Derecho federal particular** (art. 9 II EV en conexión con el Anexo II, Cap. III C, Sección I núms. 1, 2, 4, 5 y Sección II)¹¹. De otra parte, ciertas disposiciones del Derecho penal de la República Federal no son aplicables al territorio adherido (art. 8 EV en conexión con el Anexo I, Cap. III C, Sección I núms. 1, 2 y Sección III núm. 1)¹². De este modo, en la Alemania unida existen dos territorios jurídicos diferenciados con un Derecho Federal particular en los que se dan especialidades muy delimitadas; uno abarca el territorio adherido y el otro los anteriores *Länder* y Berlín Oeste. Para la aplicación del Derecho Federal particular rigen los **principios del Derecho penal interlocal** de acuerdo con el Derecho consuetudinario vigente hasta el momento¹³.

¹¹ Tales disposiciones sólo afectan a la exclusión de la prescripción para los delitos contra la paz, la humanidad, los derechos de la persona y los delitos de guerra (§ 84 StGB-DDR) (vid. *supra* § 3 V 3). El resto de las reservas han sido eliminadas por la posterior legislación federal. En lugar de las actuales conminaciones penales para los tipos penales de la RDA que siguen estando vigentes rigen las penas de prisión y multa de acuerdo con los §§ 38 ss. StGB (art. 315c EGStGB).

¹² No son aplicables el § 144 que regula la estafa en la emigración (§ 144) y el secuestro llevado a cabo de conformidad con el secuestrado (§ 236) [Actualmente, el primer precepto mencionado se encuentra ya derogado y el segundo únicamente tipifica el tráfico de niños (N del T)].

¹³ Así, *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 33 antes del § 3; *Lackner*, § 3 núm. 7; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 74 antes de los §§ 3-7; *Schneider*, MDR 1990, pág. 1049; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 11 núm. 3; *Günther*, ZStW 103 (1991) pág. 866; *Müller*, ZStW 103 (1991) págs. 900 ss.

3. Según tales principios, ante la diversidad del Derecho aplicable en el lugar del delito y el partido judicial hay que aplicar por regla general el **Derecho del lugar de comisión de la infracción**¹⁴. En las disposiciones relativas a la custodia de seguridad (§ 66) que no fueron hechas extensivas a los nuevos Länder de la Federación, el art. 1a EGStGB contiene una regulación especial que determina la aplicación de tales normas cuando el hecho desencadenante fue cometido en el territorio de la antigua República Federal (núm. 1) o si el autor tiene su residencia efectiva en este último ámbito geográfico (núm. 2). Si, de acuerdo con las normas del Derecho penal internacional, un hecho cometido en el territorio de la desaparecida RDA se encuentra incriminado en la República Federal Alemana con independencia del Derecho vigente en el lugar de comisión del delito —estos son los supuestos de los §§ 5 y 6—, el hecho sigue siendo igualmente punible según las normas vigentes en la República Federal (art. 315 IV EGStGB), puesto que ello también sucedería si el autor hubiera cometido el delito en el extranjero en lugar de en la RDA (BGH 37, 305; 39, 260).

¹⁴ Al respecto vid. *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 35 antes del § 3; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 55 antes de los §§ 3-7; *Günther*, *ZStW* 103 (1991) pág. 865; *Lackner*, § 3 núm. 7.

Segunda Parte
EL DELITO

Capítulo 1: Fundamentos generales

§ 21 Sentido, método y estructura de la teoría general del delito

Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; *el mismo*, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 343; *el mismo*, Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale 1957, pág. 173; *Fletcher*, Rethinking Criminal Law, 1978; *el mismo*, Criminal Theory as an International Discipline, en: *Eser/Fletcher* (Ed.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo II, 1988, págs. 1595 ss.; *J. Hall*, Perennial Problems of Criminal Law, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 9; *Hassemer*, Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform, en: *Arthur Kaufmann* (Ed.), Rechtstheorie, 1971 pág. 27; *Honig*, Strafrechtliche Allgemeinbegriffe als Mittler kriminalpolitischer Ziele, Festschrift für K. Larenz, 1973, pág. 245; *Hruschka*, Das Strafrecht neu durchdenken! GA 1981, pág. 237; *el mismo*, Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein? JZ 1985, pág. 1; *Hünerfeld*, Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre usw., ZStW 93 (1981) pág. 979; *Jescheck*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 (1986) pág. 1; *Küper*, Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, pág. 81; *Küpper*, Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik, 1990; *Loos*, Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, en: *Immenga* (Ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, 1980, pág. 261; *Naucke*, Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre, 1979; *Marinucci* Fatto e scriminanti, en: *Marinucci/Dolcini* (Eds.), Diritto penale in trasformazione, 1985, pág. 177; *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts, 4.^a Ed. 1958; *el mismo*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 158; *Riz*, Zum derzeitigen Stand der Verbrechenslehre in Italien usw., ZStW 93 (1981) pág. 1005; *Rödig*, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Festschrift für R. Lange 1976, pág. 39; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.^a Ed. 1973; *Schild*, Die Merkmale der Straftat und ihres Begriffs, 1979; *Schmidhäuser*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, págs. 268 ss.; *Schünemann*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: *el mismo*, (Ed.), Grundfragen des modernen

Strafrechtssysteme, 1984, pág. 1; *Schwinger/Zimmerl*, Wesensschau und Konkretes Ordnungsdanken im Strafrecht, 1937; *Vassalli*, Il fatto negli elementi del reato, Studi in memoria di G. Delitala, Tomo III, 1984, pág. 1642; *Vielweg*, Topik und Jurisprudenz, 5.^a Ed. 1974; *Welzel*, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pág. 421; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 3; *Zimmerl*, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930.

I. El sentido de la teoría general del delito

1. La teoría del delito se ocupa de **presupuestos jurídicos generales de la punibilidad** de una acción. Con ello se alude no sólo a los delitos en el sentido del § 12 I sino a *todas* las acciones punibles (vid. *supra* § 7 I 1). Cuando se habla de los presupuestos de la punibilidad la mirada se dirige en primer lugar a la Parte Especial, donde están regulados los tipos penales concretos como el asesinato, el robo, la puesta en peligro del tráfico vial, el incendio o la traición al Estado. Sin embargo, la teoría del delito no trata los elementos de los tipos delictivos concretos sino aquellos aspectos del concepto del delito que son *comunes a todos los hechos punibles*. Se trata de las categorías de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad que, a su vez, se desglosan en numerosos subconceptos como los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, requisitos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, así como los elementos positivos y negativos de la culpabilidad. La teoría general del delito se ocupa sobre todo de la cuestión de bajo qué condiciones puede ser *imputado* un hecho al autor en el nivel delictivo correspondiente.

2. La teoría del delito, conformada como un intento de comprender la **acción punible como un todo** mediante la elaboración teórica de los elementos generales, requiere de una *justificación* puesto que podría ser más conveniente pasar a ocuparse inmediatamente de los distintos tipos de delito y de los elementos que los integran. Sin embargo, los presupuestos de la punibilidad no se agotan en los elementos de los tipos penales concretos. Los factores esenciales del concepto de delito no están contenidos en las infracciones descritas en la Parte Especial sino que se encuentran *antepuestos* a ellas.

Ejemplo: En el conocido caso "Mignonette" un tribunal inglés tuvo que enjuiciar el caso de dos marineros náufragos que, tras largas privaciones, mataron en su necesidad a un compañero de infortunio moribundo de cuyo cuerpo se alimentaron hasta su rescate. La pena de muerte, que posteriormente fue conmutada a título de gracia por una de prisión de seis meses, se basó en el rechazo de la situación de necesidad por parte del tribunal. Ello se debió, probablemente, a la creencia de que el reconocimiento de la si-

tuación de necesidad habría justificado, y no sólo disculpado —de acuerdo con el § 35 del StGB alemán—, la acción de los marineros (*The Queen v. Dudley and Stephens*, *Queens Bench Division* 14 [1884-84] págs. 273 ss., en especial, págs. 286 ss.)¹.

Sin el desglosamiento del concepto de delito en tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, así como en las diferenciaciones adicionales ligadas a estos elementos tal y como sucede con la distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante², la solución del caso expuesto sería insegura y dependiente de consideraciones sentimentales. Los elementos generales del hecho punible que son tratados por la teoría del delito, posibilitan por el contrario una *jurisprudencia racional, objetivamente fundada e igualitaria*, contribuyendo así esencialmente a garantizar la *seguridad jurídica*³. Tampoco puede desconocerse el *peligro* de una Dogmática penal formulada de un modo demasiado abstracto; este riesgo consiste en que el juez se abandone a la automatización de los conceptos teóricos pasando por alto así las especialidades del caso concreto⁴. La solución de

¹ Vid. *Radbruch*, *Der Geist des englischen Rechts* págs. 69 ss.; vid., además, *Welzel*, *JuS* 1966, pág. 421.

² Vid. los grupos de casos del estado de necesidad expuestos en *Hruschka*, *Strafrecht* págs. 68 ss. y 277 ss.; además, *Küper*, *JuS* 1987, págs. 81 ss.

³ Este reconocimiento constituye la base común de la Ciencia penal europea continental y de su área de influencia; vid. *Engisch*, *Studium Generale* 1957, págs. 173 ss.; *Schmidhäuser*, *Radbruch-Gedächtnisschrift* págs. 268 ss.; *Welzel*, *Lehrbuch* pág. 1; *el mismo*, *Maurach-Festschrift* pág. 5; *Triffterer*, *Allg. Teil* pág. 54; *Stratenwerth*, *Schweiz. Strafrecht Allg. Teil I* págs. 111 ss.; *Schild*, *Merkmale* págs. 104 ss.; *Fiandaca/Musco*, *Diritto penale* págs. 138 ss.; *Merle/Vitu*, *Traité* núms. 358, 404, 546; *Mir Puig*, *Derecho penal* págs. 121 ss.; *Hennau/Verhaegen*, *Droit pénal général* núms. 155, 201, 283; *Hazewinkel-Suringa/Rommeling*, *Inleiding* págs. 124 ss.; *Fragoso*, *Lições* págs. 143 ss. Acerca de la exposición sobre el "tripartismo" en Italia *Vassalli*, *Delitala-Gedächtnisschrift* Tomo III págs. 1647 ss. Últimamente también en Derecho penal americano se está construyendo una Dogmática de la Parte General; vid. los "Principles" y "Doctrines" en *J. Hall*, *General Principles* págs. 27 ss. y 360 ss.; *el mismo*, *Lange-Festschrift* págs. 23 ss. así como las "General Provisions" en el Penal Law des Staates New York vom 1.9.1967 y en el Model Penal Code de 4.5.1962 (traducido por *Honig*). En una relación estrecha con la doctrina alemana se encuentra además *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law* págs. 393 ss. („the study of issues that cut across all offenses"); en torno a la discusión con la teoría del delito continental europea, *el mismo*, *Criminal Theory* págs. 1597 ss., en especial, págs. 1613 ss. Sobre ello vid. *Hruschka*, *GA* 1981, págs. 244 ss. En el mismo sentido sobre el Derecho penal inglés *Glanville Williams*, *Criminal Law* p. V („all [crimes] are governed by certain general principles ... described on the Continent as the general part of the law").

⁴ Vid. el ejemplo de la "muñeca articulada" y la advertencia ante la posible creación de una "filosofía de las rúbricas de los capítulos" en *H. Mayer*, *Lehrbuch* pág. 102. No obstante, la renuncia a la formulación de conceptos generales conduciría a una abdicación de la Ciencia penal; vid. *Schwinge/Zimmerl*, *Wesensschau* págs. 28 ss.

la *cuestión de hecho* ha de ser siempre decisiva, mientras que las exigencias de la sistemática deben ser tenidas en cuenta a través de un desarrollo adicional en aquellos supuestos en los que la resolución del caso no se adapta al sistema. Es necesario “abordar de tal modo las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, que su modulación legal, su claridad y previsibilidad, su funcionamiento coherente y sus repercusiones detalladas”⁵, se manifiesten en cualquier configuración imaginable del caso. Las nuevas cuestiones que vayan surgiendo (por ejemplo, la antijuricidad pero impunidad de la interrupción del embarazo no sujeta a las indicaciones legales que, de acuerdo con la BVerfGE 88, 203 [273], deben ser “atípicas”) deben ser clasificadas en el sistema o resueltas a través del complemento de éste.

Ejemplos de la aplicación formalista de las proposiciones teóricas los ofrece la jurisprudencia relativa a la imprudencia, el error de prohibición, el delito de omisión impropia y la distinción entre autoría y participación, debido a que en estos casos la concreción de los conceptos generales todavía ha avanzado poco.

A la Dogmática penal le es inherente una notable estabilidad que se ha visto reforzada por el influjo persistente de la jurisprudencia⁶. En el sistema de la teoría general del delito los cambios se producen lentamente. No obstante, éstos han tenido lugar justo desde la finalización de los trabajos sobre el Proyecto de 1962 y han hecho variar también a la jurisprudencia (vid. *infra* § 22 V y VI).

II. El método de la teoría general del delito

1. La teoría general del delito debe deducirse de la *Ley* o, al menos, ser compatible con ella. Con anterioridad, los elementos integrantes de la estructura del delito fueron inferidos tan sólo fragmentariamente de la Parte General del RStGB de 1871 (vid. la 2.^a ed. de esta obra págs. 150 ss.). Por el contrario, en la redacción de la Parte General introducida en el año 1975 se puede reconocer mucho más claramente el armazón del concepto de delito sobre el que se basa⁷. Y así, de los elementos “hecho” (vgr., §§ 16 I y II, 17, 18, 19, y 20), “hecho antijurídico” (§§ 11 núm. 5, 26 y 27) y “delito” (§§ 22 y 44) en conexión con las descripciones delictivas de la Parte Especial, se deduce que el

⁵ Así, *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem pág. 10. Lleno más allá en las exigencias al sistema del delito *Hruschka*, JZ 1984 págs. 1 ss.

⁶ Vid. *Hassemer*, Rechtslehre pág. 32.

⁷ Vid. *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 141. Sobre las consecuencias que se derivan de la elección de los elementos básicos de la estructura del delito vid. *Zimmerl*, Aufbau des Strafrechtssystems págs. 4 ss.

objeto de la regulación penal es el hecho concreto y no por la forma de vida parasitaria o asocial del autor (cfr. también la redacción anterior del § 181 a con la actualmente vigente). De ello se deriva que la teoría del delito está fundamentada sobre la **acción** y no sobre la personalidad del autor (vid. *supra* § 7 III 2). Tal y como indica el § 13 también la **omisión** debe estar incluida en el concepto de acción. La definición de “hecho antijurídico” del § 11 núm. 5 trae por consecuencia, además, que actúa antijurídicamente quien realiza el tipo de una Ley penal. De otro lado, las disposiciones sobre legítima defensa (§ 32) y del estado de necesidad justificante (§ 34) evidencian que la antijuricidad de la acción típica puede estar excluida por causas de justificación. La **antijuricidad** debe configurarse según ello como un segundo elemento básico del concepto de delito. De los preceptos relativos al error de prohibición invencible (§ 17, primer inciso) y de la inculpabilidad tanto del menor (§ 19) como de quien padece alteraciones psíquicas (§ 20), así como de la declaración legal de que la culpabilidad es el “fundamento” de la determinación de la pena (§ 46 I 1), se infiere la exigencia de la **culpabilidad** como elemento legal del concepto de delito (vid. también *supra* § 4 I). Finalmente, del principio de legalidad (§ 1), de la definición de hecho antijurídico (§ 11 núm. 5), de la disposición sobre el error de prohibición del § 16 I 1 y de la definición conceptual de la tentativa (§ 22), resulta que los elementos de todas las formas delictivas deben estar determinadas en el correspondiente **tipo legal**.

2. El concepto de delito debe, además, coincidir con la *finalidad* y los *medios del Derecho penal*⁸. La finalidad del Derecho penal es la protección de la convivencia de las personas en la comunidad frente a transgresiones jurídicas de notable gravedad (vid. *supra* § 1 I 1). El medio del Derecho penal es, principalmente, la pena. Ésta consiste en la amenaza e imposición de un mal merecido conforme a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, con la finalidad de preservar el Ordenamiento jurídico a través de una sanción entendida como una reprensión ético-social (vid. *supra* § 8 I 2b). De ello se deduce, por una parte, que quien actúa con arreglo a Derecho no puede ser castigado. La **antijuricidad** debe también, pues, ser un elemento del concepto de delito que opera bajo el punto de vista del fin del Derecho penal. En la antijuricidad reside el juicio de desvalor del Ordenamiento jurídico sobre el *hecho*. De la circunstancia de que

⁸ Acerca de la sistemática teleológica de la teoría del delito ya *Radbruch*, Frank-Festschrift Tomo I págs. 158 ss. Sobre la unidad sistemática entre Política criminal y teoría del delito, en especial, *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem pág. 11. Sobre ello vid. también *Honig*, Larenz-Festschrift págs. 245 ss.

el autor debe también “merecer” individualmente la pena se infiere, además, la exigencia de la **culpabilidad**. En el reproche culpabilístico reside el juicio de desvalor que el Ordenamiento jurídico realiza sobre el *autor*. Antijuricidad y culpabilidad son, por tanto, los dos elementos *materiales* fundamentales que integran el concepto de delito. A ello se añade asimismo un elemento de carácter *formal*: el injusto merecedor de pena debe estar determinado en un Estado de Derecho (vid. *supra* § 15 III 3). De la incardinación del Derecho penal en el Estado de Derecho se deduce el requisito de la **tipicidad** del injusto merecedor de pena. Finalmente, el Derecho penal no sólo debe limitar la libertad sino también crear penas (vid. *supra* § 1 I 2). Por ello, las ideas y los planes de una persona, así como su carácter y su forma de vida, no pueden ser objeto de sanción penal; únicamente sus hechos pueden serlo (vid. *supra* § 7 III 2). De ello se concluye que el injusto y la culpabilidad sólo pueden ir referidos a **acciones humanas** y, desde luego, también a las omisiones (§ 13)⁹.

3. Finalmente, el concepto de delito debe ser compatible con las condiciones de la persecución penal en un *procedimiento* formalizado¹⁰. Para ello, el concepto de delito debe ser tan **claro** y **sencillo** que pueda ser tratado de un modo igualitario y seguro en el proceder rutinario de la policía, la fiscalía y los tribunales que operan con un período limitado de tiempo y con escaso personal. Además, los elementos del concepto de delito deben ser **comprobables** en el proceso penal y **acreditables** a través de los medios probatorios admisibles. Por ello, los ingredientes subjetivos únicamente pueden ser aplicados si se encuentran tan estrechamente vinculados a factores objetivos como para que puedan ser indagados con fiabilidad. Esta es la razón por la que los elementos normativos deben poseer un núcleo esencial de carácter descriptivo. Por último,

⁹ El anterior y estricto rechazo de la doctrina francesa a la teoría alemana del delito comienza a retroceder con un interés real; vid. *Merle/Vitu*, *Traité* I núm. 357 nota a pie núm. 1. La antigua división bipartita del concepto de delito en un “*élément matériel*” y “*élément moral*”, que también se encuentra en la parte de la doctrina italiana que se apoya en *Carrara* (vid. *Riz*, *ZStW* 93 [1981] págs. 1006 ss; por el contrario, a favor del sistema tripartito *Marinucci*, *Diritto penale in trasformazione* págs. 177 ss.), se remonta a *Descartes* y ha sido mantenida quizás hasta el presente. De la distinción entre causas de justificación y de exculpación de los arts. 122-1 a 122-7 del Code pénal de 1994, se deriva una partición moderna de los elementos fundamentales del concepto de delito como la reconocida en Alemania (sobre ello *Pradel*, *Le nouveau Code pénal* pág. 65). En relación con la teoría del delito francesa vid. también *Hünerfeld*, *ZStW* 93 (1981) págs. 993 ss. Sobre todo ello vid., además, *Jescheck*, *ZStW* 98 (1986) págs. 5 ss.

¹⁰ Por ello *Naucke*, *Grundlinien* págs. 39 ss. esboza un concepto de delito que posibilita la prueba del hecho punible. Al respecto vid. también *Loos*, *Grenzen* págs. 261 ss.

el concepto de delito debe también ser aplicable sin más en el **procedimiento abreviado** (§§ 407 ss. StPO) que ha sido empleado por los tribunales en más de la mitad de los casos que resolvieron.

III. La formación del concepto de delito

1. Los elementos del concepto general de delito no permanecen desconectados entre sí (**ordenación tópica**)¹¹, sino que mantienen una relación interna conformada según las leyes lógicas de la anteposición y la subordinación, así como por las de la regla general y la excepción (**ordenación sistemática**). No obstante, debido a que continuamente surgen cuestiones nuevas y los viejos problemas, con el tiempo, adquieren contornos distintos, la misión dirigida a la formación del sistema no finaliza nunca¹².

Ejemplos: Las condiciones objetivas de la punibilidad no pueden permanecer fuera del concepto de delito porque de lo contrario no podrían ser situadas en ningún lugar (necesidad de *integración*). La antijuricidad no puede ser concebida como una categoría puramente externa puesto que se ha demostrado la existencia de elementos subjetivos que forman parte de la misma (necesidad de *coherencia*). La imprudencia no puede ser calificada como una simple forma de culpabilidad ya que se ha reconocido que su núcleo objetivo consiste en la infracción "del cuidado exigible en el tráfico" (necesidad de *diferenciación*).

2. La integración de los elementos de la acción punible en un sistema da lugar a la definición clásica de delito (que en Alemania ha permanecido incontestada en su esencia¹³) como **acción típica, antijurídica y culpable**, que goza también del refrendo jurisprudencial (RG 61, 242 [247]; 66, 397 [398]; BGH 1, 131 [132])¹⁴. Esta definición no significa una descomposición del hecho que siempre debe ser comprendido como un todo, sino únicamente su

¹¹ Sobre el procedimiento tópico como estilo de pensamiento previo al sistemático, *Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz* págs. 31 ss. En torno a la necesidad de la formación del sistema *Roxin*, *Allg. Teil I* § 7 núm. 2.

¹² La aspiración de *Hruschka*, *JZ* 1984, pág. 3, de que la sistemática penal debería emular la rigurosidad lógica de la geometría euclídea, es alcanzada a lo sumo en el aspecto formal de los conceptos básicos. En el mismo sentido del texto, *Schünemann*, *Einführung* págs. 3 ss.

¹³ Una organización bipartita del delito concebida de modo diverso al de la doctrina francesa y en parte al de la italiana ha sido propuesta por *Rüdiger*, *Lange-Festschrift* págs. 56 ss.

¹⁴ Se trata, además, de relaciones "esenciales" en el sentido de una definición real, vid. *Engisch*, *Welzel-Festschrift* pág. 354. A menudo, en el extranjero todavía se encuentran conceptos bipartitos de delito que sólo distinguen entre un elemento objetivo y otro subjetivo, vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, *Derecho penal* págs. 330 ss.; vid., asimismo, las notas a pie núms. 3 y 9.

examen bajo aspectos distintos. Con la concepción del delito como una acción típica, antijurídica y culpable, se logran alcanzar los **conceptos básicos** cuya delimitación alcanza cotas cada vez más concretas por medio de los sucesivos pronunciamientos jurídicos.

Ejemplos: Así, la ubicación del dolo en el tipo provoca que también el error de tipo deba ser discutido en ese lugar. Del mismo modo, el objeto de la antijuricidad viene configurado por los elementos objetivos y subjetivos de las causas de justificación. En cambio, la conciencia de la antijuricidad forma parte de la culpabilidad por lo que también el error de prohibición debe ser un problema de ésta. Por su parte, los movimientos reflejos se desgajan del concepto de acción en la medida en que éstos no son dominables por la voluntad; de ahí que desde un principio no sean tenidos en consideración a los efectos de la imputación objetiva.

En la estructura de la teoría del delito debe ser básicamente preservada la **“homogeneidad en la perspectiva valorativa”**¹⁵, de modo que el sistema aparezca libre de contradicciones. Pero la pureza de la sistemática no requiere llevar hasta sus últimas consecuencias cada una de las afirmaciones. Más bien debe reconocerse la existencia de *excepciones* cuando éstas puedan fundamentarse de modo convincente para no forzar la lógica interna del sistema.

Ejemplos: De este modo, con anterioridad a la introducción del § 56 en su redacción anterior, la desproporción en el castigo de los delitos cualificados por el resultado no era compatible con la exigencia de culpabilidad, como tampoco resulta serlo todavía hoy el tratamiento puramente objetivo que la praxis da a la imprudencia en los delitos contra la seguridad vial. Por el contrario, la exclusión del estado de necesidad exculpante de personas que pertenecen a determinados colectivos profesionales (§ 35 I 2) no constituye una contradicción sino una excepción fundamentada en las elevadas exigencias de obediencia a la norma.

§ 22 Las etapas del desarrollo de la moderna teoría del delito

A primera vista, la imagen de la actual Dogmática penal alemana aparece confusa debido a su polimorfismo. No obstante, esta visión se alivia si se sigue a grandes rasgos el desarrollo de la teoría del delito durante más de cien años. Una mirada retrospectiva a la historia de la Dogmática muestra que, en esencia, hay que distinguir **tres etapas en el desarrollo** de la moderna teoría del delito: el

¹⁵ Con más detalle sobre el tema *Engisch*, *Einheit der Rechtsordnung* págs. 26 ss. Promoviendo una relación exacta entre la vinculación material y la valoración normativa en los conceptos básicos del sistema penal, *Küpper*, *Grenzen* págs. 196 ss.

concepto clásico de delito, el neoclásico y el elaborado por el finalismo¹. Cada uno de estos sistemas se explica por sus raíces espirituales y por su relación con la época precedente, buscando mejorar y superar esta última a través de la reforma del edificio teórico. Como ninguna de estas teorías desplazó completamente a las otras, todavía hoy conviven ideas procedentes de estas tres concepciones. Por este motivo, la claridad sólo se alcanza cuando las corrientes doctrinales contemporáneas son clasificadas por sus vínculos histórico-dogmáticos.

I. Las etapas previas a la moderna teoría del delito

Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *Baratta*, Über Iherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft, en: *Wieacker/Wollschläger* (Eds.), *Iherings Erbe*, 1970, pág. 17; *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1857; *Cattaneo*, Illuminismo e legislazione penale, 1993; *Dornseifer*, Rechtslehre und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels, 1979; *Gallas*, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955) pág. 1; *Hall*, Die Lehre vom corpus delicti, 1933; *v. Ihering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867; *Jescheck*, Wilhelm Gallas in seiner Bedeutung für die Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, en: *Küper* (Ed.), In memoriam Wilhelm Gallas (1903-1989), 1991, pág. 7; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Luden*, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte, Tomo II: Über den Tatbestand des Verbrechens, 1840; *Marxen*, Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus, ARSP, Beiheft núm. 18, 1983, pág. 55; *A. Merkel*, Kriminalistische Abhandlungen, Tomo I, 1867; *el mismo*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889; *Radbruch*, Drei Strafrechtslehrbücher des 19. Jahrhunderts, Festschrift für E. Rosenfeld, 1949, pág. 7; *Schaffstein*, Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus, 1954; *Schünemann*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: *el mismo*, (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 1; *Schweikert*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *Stübel*, Über den Tatbestand der Verbrechen, 1805; *Welzel*, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pág. 421; *Erik Wolf*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.ª Ed. 1963.

La teoría del delito del Derecho común ya conocía los conceptos básicos de la Dogmática penal, especialmente en lo que se refiere a la distinción entre

¹ Sobre ello *Gallas*, ZStW 67 (1955) págs. 2 ss.; *Haft*, Allg. Teil págs. 19 ss.; *Marxen*, ARSP, fascículo suplementario núm. 18, 1983, págs. 61 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 7 núms. 11 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 161 ss.; *Schünemann*, Einführung págs. 18 ss.; *Welzel*, JuS 1966, págs. 421 ss. Acerca del significado de la figura de Gallas para la síntesis entre el finalismo y una Dogmática determinada normativamente vid. *Jescheck*, Wilhelm Gallas págs. 13 ss.

imputación objetiva y subjetiva (*imputatio facti e imputatio iuris*). Aquella se apoyó sobre las aportaciones de los grandes juristas de la época del Humanismo (*Tiberius Decianus*, *Tractatus criminalis*, 1950; *Petrus Theodoricus*, *Collegium criminale*, 1618)² y la Ilustración (*Samuel Pufendorf*, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo*, 1660; *Christian Wolff*, *Philosophia Practica Universalis*, 1738; *K. F. Hommel*, *Philosophische Gedanken über das Kriminalrecht*, 1784)³. El moderno concepto cuatripartito de delito configurado como una acción típica, antijurídica y culpable, se ha gestado sobre esta base desde hace más de cien años a lo largo de varias etapas en las que se han ido produciendo las **aportaciones de diferentes dogmáticos**⁴.

Ya en la primera mitad del siglo XIX *Stübel*, que era profesor en Wittenberg, distinguió entre el injusto y la imputación del hecho⁵. La obra de *Luden*, profesor en Heidelberg, se encuentra impregnada por el concepto tripartito de delito (acción, antijuricidad y culpabilidad)⁶, que luego asumirían y desarrollarían *v. Liszt* y *Beling*. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina dominante de la época, los conceptos de antijuricidad y culpabilidad permanecían indiferenciados puesto que se fundían en el concepto superior de imputación procedente de la teoría de *Pufendorf*, y su única misión fue, simplemente, comprender al delito como una obra humana y deslindarlo del mero azar⁷.

Fue *Rudolf v. Ihering* el primero que ya en el año 1867 desarrolló para el Derecho civil el concepto de *antijuricidad objetiva* al demostrar que la culpabilidad no jugaba papel alguno en ciertas infracciones de las que se derivan consecuencias jurídicas⁸. Pero fueron *Franz v. Liszt*⁹ y *Beling*¹⁰ quienes dotaron de utilidad al concepto de la antijuricidad objetiva para el Derecho penal y lo asumieron en la construcción del delito renunciando a la vieja teoría de la imputación. En realidad, *Binding* no

² En relación con estos autores vid. *Schaffstein*, *Die europäische Strafrechtswissenschaft* págs. 38 ss., 59 ss.

³ Acerca del pensamiento penal de Pufendorf vid. *Erik Wolf*, *Große Rechtsdenker* págs. 345 ss. y *Eb. Schmidt*, *Einführung* págs. 169 ss.; sobre Hommel vid. *Cattaneo*, *Illuminismo* págs. 77 ss.

⁴ Sobre ello vid. *Welzel*, *JuS* 1966, pág. 421; *Radbruch*, *Rosenfeld-Festschrift* págs. 13 ss.; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* págs. 161 ss.; *Haft*, *Allg. Teil* págs. 17 ss.; *Schünemann*, *Einführung* págs. 18 ss.; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, *Derecho penal* págs. 331 ss.

⁵ *Stübel*, *Über den Tatbestand der Verbrechen*, §§ 1 y 2.

⁶ *Luden*, *Abhandlungen* Tomo II, pág. 110. Al respecto vid. *Hall*, *Corpus delicti* págs. 150 ss.

⁷ Característica es en esta materia es la exposición de *A. Merkel*, *Lehrbuch* págs. 65 ss.

⁸ *v. Ihering*, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* págs. 4 ss.; acerca de ello vid. *Baratta*, *Iherings Bedeutung* págs. 18 ss.

⁹ *v. Liszt*, *Lehrbuch*, 2.^a Ed. pág. 94.

¹⁰ *Beling*, *Grundzüge*, 2.^a Ed. pág. 29.

se dio cuenta del significado sistemático de este paso¹¹ pero por medio de su *teoría de las normas*¹² separó el concepto de antijuricidad del Derecho penal y le otorgó un significado autónomo: la acción punible no infringe en realidad la Ley penal que tan sólo impone la sanción, sino que lesiona el mandato y la prohibición del Ordenamiento jurídico (las normas) que conceptualmente preceden a la primera; es por ello que toda la teoría del injusto debe ser comprendida autónomamente a partir del contenido de esas normas. Los comienzos de un *concepto de culpabilidad* singular se remontan a *A. Merkel* que aunque en realidad se apoyó sobre la nueva teoría de la imputación¹³, unificó por primera vez el dolo y la imprudencia bajo el concepto superior de la determinación volitiva contraria a deber¹⁴. Ha sido *Berner* quien condujo al *concepto de acción* a ocupar su lugar como una noción básica en la construcción del delito y frente “al mismo, todo lo demás que se afirma sobre el delito” son únicamente “predicados”¹⁵. Sólo en último lugar fue concebido teóricamente el elemento de la *tipicidad* de la acción punible. De acuerdo con *Beling* el tipo es la síntesis de los elementos de los que se deriva qué delito es tratado *típicamente*: “La tipicidad o adecuación al tipo como cualidad de la acción se convierte así en un elemento conceptual del delito”¹⁶. De este modo, el tipo alcanzó una posición dominante en la estructura del delito como punto de referencia para el juicio de antijuricidad y culpabilidad, llegándose a configurar como el soporte más importante de la función de garantía de la Ley penal. Y así, a principios de este siglo *Beling* formulaba el *concepto de delito completamente desarrollado* en los siguientes términos: “El delito es la acción típica, antijurídica y culpable sometida a una conminación penal adecuada y sujeta a las condiciones de ésta”¹⁷.

II. El concepto clásico de delito

Burgstaller, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, ÖRIZ 1975, pág. 13; v. *Buri*, Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; *Clafß*, Grenzen des Tatbestandes, Strafr.

¹¹ Vid. *Binding*, Normen Tomo I pág. 244: “Lo que se denomina injusto objetivo es puro azar”.

¹² Vid. *Binding*, Normen Tomo I págs. 4-7, 82, 96, 152 ss.; al respecto *Armin Kaufmann*, Normentheorie págs. 3 ss., 36 ss.

¹³ *A. Merkel*, Abhandlungen Tomo I pág. 44.

¹⁴ *A. Merkel*, Lehrbuch págs. 66 ss.; sobre ello vid. *Achenbach*, Schuldlehre págs. 44 ss., así como *Dornseifer*, Rechtheorie págs. 92 ss.

¹⁵ *Berner*, Lehrbuch pág. 108.

¹⁶ *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen págs. 23 ss.; en torno a ello vid. *Schweikert*, Wandlungen der Tatbestandslehre págs. 14 ss. Acerca de la teoría del “corpus delicti” como etapa previa de la teoría del tipo, *Hall*, Corpus delicti págs. 10 ss.

¹⁷ *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen pág. 7.

Abh. Heft 323, 1933; *Delitala*, Il fatto nella teoria generale del reato, 1930; *Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961) pág. 179; *el mismo*, Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker, ZStW 103 (1991) pág. 999; *Jiménez de Asúa*, La teoría jurídica del delito, 1931; *Kienapfel*, Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich, JZ 1972, pág. 569; *M. E. Mayer*, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten, 1901; *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *el mismo*, Die finale Handlungslehre, Strafr. Probleme 2, 1974, pág. 5; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfes usw., JBl 1971, pág. 236; *Radbruch*, Über den Schuldbegriff, ZStW 24 (1904) pág. 333; *Arturo Rocco*, Il problema e il metodo de la scienza del diritto penale (1910), en: Opere Giuridiche, Tomo III, 1933, pág. 263; *H. Steininger*, Die moderne Strafrechtsdogmatik usw., ÖJZ 1981, pág. 365; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935.

1. El concepto clásico del positivismo, que desde el cambio de siglo fue defendido por la doctrina dominante en Alemania, se caracterizó por poseer una **estructura sencilla y clara**, así como por tener **ventajas didácticas**. La base de este sistema fue el *concepto de acción* que para *Beling* y *v. Liszt* todavía era concebido de modo completamente naturalístico como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior, ambas unidas por el vínculo de la causalidad que, según la *teoría de la equivalencia*¹⁸, parecía excluir toda distinción material en el ocasionamiento del tipo. La debilidad de esta concepción adherida a lo externo se hizo evidente con la omisión pues en Derecho penal también debe ser incluida en el concepto de acción al igual que el hacer positivo, y ello a pesar de que evidentemente no constituye un movimiento corporal sino precisamente lo contrario a éste. En este punto ha sido *v. Liszt* el primero que ha concebido la esencia de la omisión, no como una modalidad de movimiento corporal, sino espiritualmente en el sentido social del acontecimiento, a saber, en una acción determinada que el Ordenamiento espera¹⁹. Con ello, sin embargo, ya habían sido abandonadas los fundamentos naturalísticos del concepto de acción.

Afirmada la existencia de una acción, el paso siguiente que debía ser verificado es si también concurrían sus predicados de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Para ello se distinguió rigurosamente entre los **aspectos objetivos y subjetivos** del delito. El lado objetivo encontraba su expresión en los elementos de la *tipicidad* y la *antijuricidad* mientras que el subjetivo lo hacía en el de la

¹⁸ Su fundador fue *v. Buri*, Über Causalität págs. 2 ss.

¹⁹ *v. Liszt*, Lehrbuch, 4.ª ed. pág. 141.

culpabilidad. De acuerdo con ello la tipicidad fue comprendida como una descripción puramente externa del hecho de la acción sin predicado valorativo alguno (por ejemplo, la muerte de una persona en la que el examen de la antijuricidad muestra que ésta constituye una acción de guerra y resulta así justificada)²⁰. La valoración jurídica de este suceso debía tener lugar en el campo de la antijuricidad y siempre desde un puntos de vista puramente objetivos. La relación entre la tipicidad y la antijuricidad se situaba en que la primera venía a ser un "indicio" de la existencia de la antijuricidad²¹.

Por el contrario, el *concepto de culpabilidad* de la estructura clásica del delito reunía a todos los procesos espirituales y morales que ocurrían en el interior del autor en la comisión del hecho. Asimismo, la imputabilidad fue concebida como "presupuesto de la culpabilidad", el dolo y la imprudencia entendidas como "formas o clases de culpabilidad" y el estado de necesidad clasificado como "causa de exclusión de la culpabilidad"²². La conciencia de la antijuricidad fue considerada por algunos como un elemento de la culpabilidad²³ y decididamente rechazada por otros como tal²⁴. Faltaba sin embargo un concepto de culpabilidad determinado internamente, por lo que no quedó claro cómo debían ser ensamblados los distintos factores individuales para constituir una unidad de sentido. Provisionalmente se recogieron de forma enumerativa bajo el epígrafe de "lo subjetivo" (*concepto psicológico de culpabilidad*)²⁵.

2. El concepto clásico de delito procedía del estilo de pensamiento del **positivismo científico**²⁶. Bajo el mismo se comprende una visión rigurosamente limitada al Derecho y su interpretación que buscaba aprehender todos los problemas del Derecho con argumentos sistemático-conceptuales, dejando fuera de la Dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos

²⁰ *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen págs. 178 ss.

²¹ Acerca del significado del tipo como "indicio de la antijuricidad" vid. *Clafß*, Grenzen des Tatbestandes págs. 39 ss.

²² Vid. *v. Liszt*, Lehrbuch, 1.^a Ed. págs. 105 ss.; *Radbruch*, ZStW 24 (1904) págs. 344 ss.; vid., además, *M.E. Mayer*, Die schuldhaft Handlung pág. 139.

²³ Así, *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen págs. 180 ss.

²⁴ En este sentido, *v. Liszt*, Lehrbuch, 1.^a Ed. pág. 109.

²⁵ Acerca de las teorías de *Löffler*, *Radbruch*, *Kohlrausch* y otros vid. *Achenbach*, Schuldlehre págs. 62 ss.

²⁶ Más detalladamente sobre ello *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie págs. 22 ss. En Italia fue significativo para el positivismo científico el artículo de *Arturo Rocco*, Opere Giuridiche pág. 263, especialmente en págs. 295 ss., que impregnó la Dogmática de aquel país hasta los años treinta y en el que también se reconocen influencias alemanas.

y los datos sociológicos. De este modo se originó una imagen *formal* y exterior de las cualidades del comportamiento humano que tenían que ser incorporadas en la estructura del concepto de delito. Se distinguió pues entre la acción entendida de modo naturalístico, el tipo comprendido de forma objetivo-descriptiva, la esfera de la antijuricidad conformada con un perfil objetivo-normativo y una culpabilidad de naturaleza subjetivo-descriptiva. En íntima conexión con el carácter objetivo-formal de este concepto de delito se encontraba la *idea del Estado de Derecho* que, expresada a través de sus aspiraciones a la seguridad y previsibilidad jurídica, debía llevarse a la práctica por medio de la vinculación del juez a un sistema conceptual sencillo y verificable (*pensamiento de la Magna Carta*). Constituyó el contrapeso a las propuestas preventivo-especiales de la Escuela Moderna que, al igual que la teoría clásica del Derecho penal, fue encabezada por *Franz v. Liszt*. Así pues, el sistema clásico del Derecho penal fue un producto caracterizado por su particular bipolaridad: de un lado, a través del objetivismo y del formalismo de los presupuestos de la pena, debía garantizar las mayores cotas de seguridad jurídica y, por otro, mediante un sistema sancionador orientado al delincuente, alcanzar la máxima funcionalidad²⁷.

III. El concepto neoclásico de delito

Baratta, Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs, ARSP 1959, pág. 505; *el mismo*, Positivismo giuridico e scienza del diritto penale, 1966; *el mismo*, Über Iherings Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft, en: *Wieacker/Wollschläger* (Edrs.), *Iherings Erbe*, 1970, pág. 17; *Delitala*, Il fatto nella teoria generale del reato, 1930; *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbes-

²⁷ El concepto clásico de delito fue anteriormente dominante en Austria por medio de *Kadečka y Rittler*; vid. sobre ello *Jescheck*, ZStW 73 (1961) págs. 186 ss. y sobre la historia de la Dogmática *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968. En Suiza fue defendido por *Hafer*, Allg. Teil págs. 69 ss., y pág. 96. Entretanto, ha tenido lugar una reorientación de la doctrina austríaca; vis. *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 22; *el mismo*, WK, nota preliminar núm. 13 al § 2; nota preliminar núms. 1 ss. a los §§ 3-5; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 90 ss.; *Moos*, Strafrechtl. Probleme págs. 28 ss.; *Platzgummer*, JBl 1971, pág. 238; *Kienapfel*, JZ 1972, págs. 569 ss.; *Burgstaller*, ÖRiZ 1975, pág. 15; *H. Steininger*, ÖJZ 1981, pág. 367. Sobre el cambio hacia la teoría del injusto personal a través de *Nowakowski* vid. *Jescheck*, ZStW 103 (1991) págs. 1003 ss. Actualmente defienden en Suiza un concepto personal del injusto *Stratenwerth*, *Germann*, *Noll*, *Trechsel*, *Hauser* y *Rehberg*, mientras que *Schultz*, Einführung I pág. 145 se ha mantenido sobre una concepción rigurosamente objetiva de aquél. En España el cambio sobrevino con el discurso académico en Madrid de *Jiménez de Asúa* "La teoría jurídica del delito", 1931; lo mismo sucedió en Italia casi al mismo tiempo con la obra de *Delitala* "Il fatto nella teoria generale del reato", 1930.

tande strafbarer Handlungen, 1905; *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; *Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; *Gallas*, Die Krise des Strafrechts und ihre Überwindung im Staatsgedanken, ZStW 53 (1934) pág. 11; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift f. Strafrecht 4 (1913) págs. 129, 224; *el mismo*, Normativer Schuldgriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Grünhut*, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926; *el mismo*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 1; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) págs. 19 y 184; *el mismo*, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 251; *Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht, 1932; *Ihering*, Der Zweck im Recht, Tomo I, 3.^a Ed. 1893; *G. Jellinek*, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2.^a Ed. 1908; *Jescheck*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik usw., ZStW 98 (1986) pág. 1; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952) pág. 255; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.^a Ed. 1991; *Marcetius*, Der Gedanke der Zumutbarkeit, 1928; *Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975; *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924) pág. 207; *el mismo*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für L. Traeger, 1926, pág. 187; *Mittasch*, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik, 1939; *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904; *el mismo*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 158; *el mismo*, Rechtsphilosophie, 3.^a Ed. 1932; *Sauer*, Zur Grundlegung des Rechts, ZStW 36 (1915) pág. 449; *Schaffstein*, Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, 1935; *Schmidhäuser*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 268; *Schumacher*, Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Seuffert*, Die Reform des StGB, 1902; *Sieverts*, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934; *Spendel*, Gegen den "Verteidigungswillen" als Notwehrrfordemis, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 245; *Streng*, Der Beitrag der Kriminologie zur Entstehung und Rechtfertigung staatlichen Unrechts im "Dritten Reich", MSchrKrim 1993, pág. 141; *Thierfelder*, Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage, 1934; *Tjong*, Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, 1967; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *E. Wolf*, Strafrechtliche Schuldlehre, 1928; *el mismo*, Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie? ARSP 1959, pág. 481; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abh. Heft 238, 1928.

1. La estructura del concepto de delito configurada de acuerdo con el sistema de *v. Liszt y Beling* fue pronto sometida a un profundo proceso de transformación. La siguiente etapa de desarrollo puede denominarse como la del concepto "neoclá-

sico” de delito, porque no se trató tanto de un alejamiento esencial del anterior sistema cuanto de una reforma inmanente del mismo que, eso sí, fue de gran alcance. En lugar de la lógica formal de un pensamiento jurídico limitado a sí mismo jugó a partir de entonces la aspiración de estructurar el concepto de delito según los fines que persigue el Derecho penal y los juicios de valor que le sirven de base (**teoría teleológica del delito**)²⁸. La forma de pensamiento de aquella época estuvo determinada esencialmente por la teoría del conocimiento **neokantiana** (*Stammler, Rickert, Lask*) que, junto con los métodos científico-naturales de la observación y la descripción, había sentado un método científico-espiritual genuino en los procesos del entendimiento y la valoración²⁹. Ello trajo consigo el impulso tendente a divisar la esencia del Derecho penal en el alineamiento de sus *finés, valores e ideas*, cuyo contenido quiso también dejar ampliamente abierto a causa de la característica renuncia del neokantismo a una determinación vinculada a criterios valorativos materiales, motivo por el cual se hizo asimismo propenso a una ideología autoritaria³⁰. Con la teoría neoclásica del delito la Ciencia penal alemana alcanzó el punto álgido de su capacidad contributiva y de vigencia internacional, proyectándose así hacia lugares como Italia, España, Polonia, Portugal, Grecia y Latinoamérica.

2. La nueva Dogmática introdujo poco a poco a todos los elementos del concepto clásico de delito en un **proceso de transformación**³¹.

a) La reelaboración se inició con el *concepto de acción* que por sus elementos naturalísticos podía adaptarse en una menor medida a un sistema penal valorativo.

Ejemplos: La insuficiencia de este concepto de acción se evidenció especialmente en la injuria. Aquí se trata del sentido de una exteriorización que expresa un menosprecio

²⁸ Así, especialmente, *Grünhut*, Begriffsbildung págs. 15 ss.; *el mismo*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 19 ss.; *E. Wolf*, Schuldlehre pág. 80; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung págs. 33 ss.; *Schaffstein*, Zur Problematik págs. 14 ss.; *Mittasch*, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens págs. 236 ss.

²⁹ Con mayor detenimiento en torno a estas relaciones *E. Wolf*, Schuldlehre págs. 73 ss.; *Larenz*, Methodenlehre págs. 92 ss.; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie págs. 41 ss.; *Baratta*, Positivismus págs. 97 ss.

³⁰ Y así, *Mittasch*, Wertbeziehendes Denken pág. 25, atribuyó el valor más alto a la “idea del Estado”, mientras que *Radbruch*, Rechtsphilosophie págs. 9 ss. defendió todavía entonces una teoría valorativa de carácter relativo. Sobre esta cuestión vid. *Tjong*, Relativismus pág. 55. Característica es la conclusión extraída por *Thierfelder*, Normativ und Wert pág. 121, para quien el valor fundamental y material del Derecho sería el pueblo concebido “como una comunidad con una especial base biológica”. Por el contrario, *Gallas*, ZStW 53 (1934) pág. 22, nota a pie núm. 34, sostuvo que “el respeto al Derecho no es imaginable sin una autolimitación del Estado”.

³¹ Acerca de la participación de Radbruch vid. *Schmidhäuser*, Radbruch-Gedächtnisschrift págs. 271 ss.

y del menoscabo a la pretensión de consideración del interesado, pero no de manifestaciones que intervienen fisiológica o físicamente. Asimismo, no pudo quedar la menor duda de que en la omisión no existía movimiento corporal alguno, fracasando también en los delitos de omisión impropia cometidos por imprudencia inconsciente el intento de rescatar la aprehensión de la realidad de la inactividad mediante la aceptación de una "inmovilización de los nervios motores" (*Beling*).

Se buscó solucionar de distintas maneras las dificultades de la teoría de la acción. De un lado, se matizó la noción de acción a través de la introducción del *concepto de comportamiento* que fue entendido como materialización en el mundo exterior de la eficacia del comportamiento humano. De acuerdo con ello la acción debía ser "comportamiento de la voluntad"³², "realización de la voluntad"³³, "comportamiento arbitrario"³⁴ o, sencillamente, "comportamiento humano"³⁵ que provoca un efecto en el mundo exterior (*concepto causal de acción*). Por otro lado, se aceptó que en realidad podía prescindirse del concepto de acción en la estructura del delito dando comienzo inmediatamente a ésta con la tipicidad³⁶. La transición a una etapa de desarrollo posterior vino ya constituida por la formulación ocasional del *concepto social de acción* realizada por *Eb. Schmidt*: desde este punto de vista la acción fue comprendida como "un fenómeno social cuyo efecto va dirigido a la realidad social"³⁷.

b) Un mayor alcance tuvieron los cambios en el ámbito de la *tipicidad*. La concepción descriptiva y carente de valoración del tipo se vio estremecida por el descubrimiento de elementos *normativos* que sólo a través del contenido valorativo que les atribuye el juez gozan de un sentido con capacidad de ser aplicado (vgr., "ultraje" del § 168; "documento" § 267; "móviles abyectos" del § 211 II; "ejecución forzosa" del § 288)³⁸. Asimismo, a través del descubrimiento de elementos *subjetivos* del tipo, se hizo inviable la idea de un tipo puramente objetivo determinado sólo por factores del mundo exterior³⁹.

³² *v. Hippel*, Tomo II pág. 130.

³³ *M. E. Mayer*, Lehrbuch pág. 109.

³⁴ *Rittler*, Tomo I pág. 5.

³⁵ *Mezger*, Moderne Wege pág. 12.

³⁶ Así, *Radbruch*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 162. La imposibilidad de un supraconcepto comprensivo de la acción y la omisión ya fue tempranamente afirmado por *Radbruch*, Der Handlungsbegriff pág. 143.

³⁷ Así, *Liszt/Schmidt*, pág. 153 en su nota a pie.

³⁸ *M. E. Mayer*, Lehrbuch págs. 182 ss.; *Mezger*, Traeger-Festschrift págs. 216 ss.; *Grünhut*, Begriffsbildung págs. 5 ss.; *Hegler*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 274 ss.

³⁹ *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit pág. 138; *Hegler*, ZStW 36 (1915) págs. 31 ss.; *el*

Ejemplo: Si un estudiante en un seminario jurídico se lleva un libro para usarlo por la noche y devolverlo al día siguiente falta la intención de apropiación y, de este modo, el propio tipo de hurto (§ 242). La aceptación de un concepto de hurto puramente objetivo abstraído de la intención de apropiación carece de sentido ya que el injusto típico de aquél lo comete sólo quien quiere menoscabar de modo permanente la propiedad ajena y no quien sólo se propone una desposesión temporal. Por este motivo el ánimo de apropiación pertenece al tipo del hurto y no sólo a la culpabilidad.

c) Al igual que la concepción del tipo también la teoría de la *antijuricidad* sufrió una transformación profunda. Si hasta este momento y por la influencia de *Binding* la antijuricidad era entendida como quebrantamiento formal de una norma jurídica, ahora, como derivación de la finalidad específica de las disposiciones penales, el injusto *material* debe ser comprendido como *dañosidad social*⁴⁰. El punto de vista material abrió la posibilidad de graduar el injusto según la gravedad de la infracción del interés⁴¹. Si en la realidad no concurre lesión alguna de aquél, el hecho tampoco puede ser antijurídico. De este modo, con ayuda de la teoría material de la antijuricidad, se logran desarrollar nuevas causas de justificación que van más allá de aquellos casos que poseen un reconocimiento legal; así ocurre, por ejemplo, con el estado de necesidad supralegal basado en la consideración de la utilidad social que existe cuando en una situación sin salida se salvaguarda un bien jurídico de mayor valor a costa de uno de menor significación (RG 61, 242 [254]). Bastante significativo fue, además, el cambio en la concepción de la *relación* entre el tipo y la antijuricidad que quedó abierta tras el reconocimiento de elementos normativos del tipo y la comprensión material del injusto. Ahora el tipo ya no aparecía como la descripción de un suceso externo carente de valoración, sino como un ingenioso recurso del legislador para recoger en el tipo delictivo los elementos característicos del contenido de injusto de un hecho. Con ello, el tipo se convirtió en tipo de *injusto* en el sentido de síntesis de los mo-

mismo, Frank-Festgabe Tomo I págs. 251 ss.; *Sauer*, ZStW 36 (1915) pág. 467; *el mismo*, Grundlagen pág. 344; *Mezger*, GS 89 (1924) pág. 207; *el mismo*, Traeger-Festschrift págs. 195 ss. Resumidamente sobre ello *Sieverts*, Beiträge, 1934.

⁴⁰ *Gra zu Dohna*, Rechtswidrigkeit pág. 27; *Hegler*, ZStW 36 (1915) págs. 27 ss.; *M. E. Mayer*, Rechtsnormen pág. 88; *Mezger*, Traeger-Festschrift págs. 198 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 176; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand págs. 70 ss. Acerca de las raíces del punto de vista ético-social en *Ihering*, Der Zweck im Recht (vid., por ejemplo, Tomo I, 3.^a Ed. págs. 490 ss.) y *G. Jellinek*, Die sozioethische Bedeutung (págs. 106 ss.); vgl. *Baratta*, Iherings Bedeutung págs. 19 ss.

⁴¹ *Kern*, ZStW 64 (1952) págs. 276 ss., con cuyo trabajo sobre los "Grados de la antijuricidad" („Grade der Rechtswidrigkeit") contactan muchas investigaciones posteriores.

mentos típicos de la antijuricidad de la correspondiente figura de delito⁴². Como consecuencia de su nueva función, esto es, la tipificación del injusto merecedor de pena, el tipo ya no posee el mismo rango que la antijuricidad como sucedía en el sistema clásico, sino que ahora tan sólo cumple el cometido *formal* de describir los límites del comportamiento punible por lo que los elementos *materiales* del delito vienen a ser sólo la antijuricidad y la culpabilidad.

d) La concepción teleológica del delito también supuso cambios en la *teoría de la culpabilidad*. En este punto, el descubrimiento fundamental es de agradecer a Frank. Este autor divisó la culpabilidad en la formación de la voluntad contraria a deber que le puede ser reproachable al autor: "Un comportamiento prohibido es imputable a la culpabilidad de alguien cuando puede serle reproachable haber optado por él" (*concepto normativo de culpabilidad*)⁴³. A partir de este momento las cuestiones que la noción psicológica de la culpabilidad había dejado abiertas resultaban fáciles de contestar: A pesar de la existencia de un hecho doloso decae el reproche culpabilístico en casos de inimputabilidad, dado que al enfermo mental no le puede ser exigible una formación de su voluntad que se corresponda con el Derecho. De igual forma, pese a la concurrencia de imputabilidad y dolo hay que negar dicho reproche en el supuesto de estado de necesidad (por ejemplo, en el caso "Mignontte", vid. *supra* § 21 I 2), porque el Ordenamiento jurídico no promueve el heroísmo en caso de peligro para la vida que no puede ser evitado de otra forma⁴⁴. En la imprudencia el reproche culpabilístico no se dirige contra lo negativo de la "ausencia de representación del resultado", sino por la desatención mostrada por el autor en el cumplimiento de su deber de cuidado"⁴⁵.

3. El sistema valorativo de la teoría neoclásica del delito, caracterizado por la disolución del concepto de acción, la nueva orientación de la función del tipo y la reorganización de la antijuricidad y la culpabilidad, es defendido todavía hoy en Alemania por algunos pocos autores⁴⁶ pero domina en el extranjero en una parte

⁴² Sauer, Grundlagen pág. 307 y págs. 339 ss.; Mezger, Lehrbuch págs. 182 ss.; Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand pág. 64.

⁴³ Frank, Aufbau des Schuldbegriffs pág. 11. Al desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad dedicó especialmente su obra Goldschmidt, Österr. Z. f. Strafr. 4 (1913) págs. 129 ss., 224 ss.; el mismo, Frank-Festgabe Tomo I págs. 431 ss. Vid., además, Schumacher, Strafrechtsschuld págs. 1 ss. Acerca de la individualización extrema del juicio de culpabilidad en Freudenthal y Goldschmidt vid. Achenbach, Schuldlehre págs. 143 ss.

⁴⁴ Goldschmidt (vid. *supra* nota a pie núm. 43) págs. 162 ss.; Henkel, Der Notstand págs. 16 ss.; Marcetius, Zumutbarkeit pág. 68.

⁴⁵ Seuffert, Die Reform des StGB pág. 45.

⁴⁶ Por ejemplo, Kohlrausch/Lange, Syst. Notas preliminares II-IV; Baumann/Weber, Allg. Teil

de la doctrina penal⁴⁷. Los **puntos débiles de este sistema**, tal y como surgieron en los años veinte, residieron políticamente en el acento de la neutralidad frente a los valores fundamentales del Derecho penal, perjudicando así tanto a la posición de la Ciencia en la creciente discusión con la ideología del Estado totalitario como a los problemas sociales del período industrial; del mismo modo, ha favorecido el desmoronamiento de la Dogmática y la Política criminal⁴⁸. Por el contrario, las objeciones *teóricas* pasan a un plano accesorio. Éstas se referían a diversas contradicciones y lagunas que exigieron con posterioridad transformaciones e integraciones. Y así, el concepto de acción que había sido degradado a una fórmula sin contenido necesitó de una nueva concepción para poder devolverle su posición como concepto básico del sistema. Por su parte, la concepción del dolo como forma de culpabilidad se hizo insostenible tras el descubrimiento de elementos subjetivos del injusto y la victoria del concepto normativo de culpabilidad. Requirió un método convincente para el tratamiento del error sobre la antijuricidad después de que *Frank* hubiera deducido el contenido culpabilístico del error de prohibición vencible del concepto normativo de culpabilidad⁴⁹. Finalmente, tras

pág. 175, 387 ss.; *Spendel*, Bockelmann-Festschrift pág. 252. Una posición especial mantiene *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 103 y Grundriß pág. 60 con su teoría de la unión dialéctica del injusto y la culpabilidad que conecta con *Hegel* y *Binding* y ha influido sobre *Schmidhäuser*. Las obras que anteriormente defendían un concepto neoclásico de delito se han convertido entretanto a la estructura finalista; vid. *Blei* Allg. Teil pág. 61; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 9 antes del § 13; *Preisendanz*, nota preliminar B V 3; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 52 ss antes del § 13.

⁴⁷ En relación con Austria vid., con anterioridad, *Nowakowski*, Grundriß págs. 39 ss. (de modo diverso, sin embargo, desde JBl 1972, pág. 22, donde introduce el cambio hacia una teoría del injusto personalista; en la actualidad vid. *el mismo*, WK nota preliminar núm. 9 antes del § 3); en Suiza *Schwander*, Das schweiz. StGB págs. 66 ss. y *Schultz*, Einführung I págs. 139 ss.; en Italia, *Bettol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 323 ss., 501 ss.; en España, *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 456 ss.; en los Países Bajos *Pompe*, Handboek págs. 39 ss.; en Bélgica, *Dupont/Verstraeten*, Handboek págs. 183 ss. Por el contrario, la doctrina francesa defiende como antes la distinción entre “élément matériel” (imputación objetiva) y “élément moral” (imputación subjetiva) que se remonta a *Rossi* y *Ortolan*; vid. *Merle/Vitu*, Traité I núms. 450 ss., 546 ss.; *Stefani/Levasseur/Boulloc*, Droit pénal général núms. 170 ss., 211 ss. Al respecto, *Jescheck*, ZStW 98 (1986) págs. 7 ss. Al igual que en la doctrina francesa, en Bélgica *Tulkens/van de Kerchove*, Introduction págs. 218 ss., 236 ss.

⁴⁸ Sobre la cuestión del relativismo en Radbruch vid. *E. Wolf*, ARSP 1959, págs. 397ss. y *Baratta*, ibídem págs. 507 ss. así como *Tjong*, Relativismus págs. 53 ss. Acerca de las corrientes políticas en la Ciencia penal que sirvieron de preparativo para el año 1933 *Marxen*, Kampf págs. 76 ss.; en el ámbito de la Criminología *Streng*, MSchrKrim 1993, 141 págs. ss.

⁴⁹ *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs pág. 21. Vid. además, *Achenbach*, Schuldlehre págs. 171 ss.

ser reconocido el perfil culpabilístico del hecho imprudente, debió también ser determinado autónomamente su especial contenido de injusto. Las necesarias modificaciones en la estructura del delito las emprendió la sistemática procedente del finalismo (vid. *infra* § 22 V).

IV. La doctrina del Derecho penal en la Escuela de Kiel

Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938) pág. 225; *el mismo*, Der Tätertyp im Strafrecht, Festschrift für H. Siber, Tomo I, 1941, pág. 183.; *Dahm/Schaffstein*, Liberales oder autoritäres Strafrecht? 1933; *Eckert*, Was war die Kieler Schule en: Säcker (Ed.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, pág. 37; *Marxen*, Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus, ARSP, número complementario núm. 18, 1983, pág. 55; *Mezger*, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, Zeitsch. Akad. f. deutsches Recht 1937, pág. 417; *Schaffstein*, Nationalsozialistisches Strafrecht, ZStW 53 (1934) pág. 603; *el mismo*, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 57 (1938) pág. 295; *Schwinger/Zimmerl*, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937.

Fundamentalmente por motivos políticos, la **Escuela de Kiel**⁵⁰ surgió en los años treinta como pionera del nacional-socialismo en la doctrina penal y como polo opuesto a la postura esencialmente liberal de la época de Weimar. La perspectiva unificadora que quiso superar la "idea divisora" del sistema neokantiano⁵¹, la lucha contra la ampliación de las causas de exculpación como "debilitamiento estructural del Derecho penal", la teoría del tipo de autor que posibilitó la manipulación de la Parte Especial por planteamientos políticos y que supuso una agravación cada vez mayor de la dureza de las sanciones, han desaparecido sin más con el sistema político del que surgieron.

V. El concepto de delito del finalismo

Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 135; *P.-A. Albrecht*,

⁵⁰ *Dahm/Schaffstein*, Liberales oder autoritäres Strafrecht págs. 29 ss.; *Schaffstein*, ZStW 53 (1934) págs. 603 ss.; *el mismo*, ZStW 57 (1938) págs. 295 ss.; *Dahm*, ZStW 57 (1938) págs. 225 ss.; *el mismo*, Siber-Festschrift págs. 183 ss. Sobre ello *Marxen*, ARSP, número complementario núm. 18, 1983, págs. 55 ss. así como *Eckert*, Was war die Kieler Schule? págs. 37 ss.

⁵¹ En contra de la perspectiva unificadora *Schwinger/Zimmerl*, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937; *Mezger*, Zeitschr. Akad. f. deutsches Recht 1937, págs. 417 ss.

Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, pág. 193; *Bassenge*, Ethik der Strafe, 1934; *Bock*, Ideen und Chimären im Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 636; *Burkhardt*, Das Zweckmoment im Schuldbegriff, GA 1976, pág. 321; *Cerezo Mir*, Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft, ZStW 84 (1972) pág. 1033; *Córdoba Roda*, Zum Verbrechensbegriff im spanischen Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 629; *Dannert*, Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik, 1963; *Dreher*, Besprechung von Roxin "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", GA 1971, pág. 217; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; *Frommel*, Welzels finale Handlungslehre usw., en: *Reifner/Sonnen* (Edrs.), Strafrecht und Polizei im Dritten Reich, 1984, pág. 86; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Germann*, Vorsatzprobleme usw., SchwZStr 77 (1961) pág. 345; *Hirsch*, Der Streit um Handlungs— und Unrechtslehre usw., ZStW 93 (1981) pág. 831 y ZStW 94 (1982) pág. 239; *el mismo*, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994) pág. 746; *el mismo*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1989, pág. 399; *el mismo*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht, en: *Hirsch/Weigend* (Edrs.), Strafrecht und kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pág. 65; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Das Schuldprinzip, 1993; *Jescheck*, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der ZStW, ZStW 93 (1981) pág. 3; *el mismo*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, ZStW 98 (1986) pág. 1; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 393; *Arthur Kaufmann* (Ed.), Die ontologische Begründung des Rechts, 1965; *el mismo*, Schuld und Prävention, Festschrift für R. Wassermanzt, 1985, pág. 889; *el mismo*, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz, Jura 1986, pág. 225; *Felix Kaufmann*, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; *Kim* Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzip, 1987; *Küpper*, Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik, 1990; *Maiwald*, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 149; *Moos*, Die finale Handlungslehre, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Tomo 2, 1974, pág. 5; *Niese*, Vorsatz, Finalität und Fahrlässigkeit, 1951; *Neumann*, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster, ZStW 99 (1987) pág. 567; *Nowakowski*, Die Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945, JBl 1954, págs. 134 y 159; *el mismo*, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958, págs. 335 y 388; *Otto*, Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA 1981, pág. 481; *Piotet*, La doctrine dite finaliste de l'infraction, SchwZStr 71 (1956) pág. 385; *Roxin*, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971) pág. 369; *el mismo*, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 251; *el mismo*, Kriminal-

politik und Strafrechtssystem, 2.^a Ed. 1973; *el mismo*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, págs. 171 ss.; *el mismo*, Über den Notwehrexzeß, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 105; *el mismo*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *el mismo*, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? SchwZStr 104 (1987) pág. 356; *Santamaria*, Prospettive del concetto finalistico di azione, 1955; *Schmidhäuser*, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden? JZ 1986, pág. 109; *Schöneborn*, Grenzen einer generalpräventiven Rekonstruktion des Schuldprinzips ZStW 92 (1980) pág. 682; *Schreiber*, Rechtliche Verantwortlichkeit und Schuld, en: K. Thoma (Ed.), Schuld: Zusammenhänge und Hintergründe, 1962, pág. 61; *Schünemann*, Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik, Festschrift F. Schaffstein, 1975, pág. 159; *el mismo*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *el mismo*, (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 153; *el mismo*, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 117; *Stratenwerth*, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr 81 (1965) pág. 179; *el mismo*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; *el mismo*, Literaturbericht, ZStW 91 (1979) pág. 902; *Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980) pág. 637; *Suárez Montes*, Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 379; *Triffierer*, Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 419; v. *Weber*, Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts, 1929; *el mismo*, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; *Welzel*, Strafrecht und Philosophie, Kölner Universitätszeitung 12 (1930) núm. 9 pág. 5; *el mismo*, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931) pág. 703; *el mismo*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) pág. 491; *el mismo*, Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, SJZ 1947, pág. 409; *el mismo*, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, pág. 368; *el mismo*, Vom irrenden Gewissen, 1949; *el mismo*, Um die finale Handlungslehre, 1949; *el mismo*, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953; *el mismo*, Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für H. Niedermeyer, 1953, pág. 279; *el mismo*, Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen StGB auswirken? Materialien, Tomo I, 1954, pág. 45; *el mismo*, Gesetz und Gewissen, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 383; *el mismo*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4.^a Ed. 1962; *el mismo*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; *el mismo*, Vom Bleibenden und vom Vergänlichen der Strafrechtswissenschaft, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 173; *el mismo*, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pág. 421; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 3; *E. Wolf*, Krisis und Neubau der Strafrechtsreform, 1933; *Würtenberger*, Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 37; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

1. El concepto de delito del finalismo, que desde comienzos de los años treinta ha sido elaborado sobre todo por *Hans Welzel* en diversas etapas, se desvía en su presupuesto metodológico del pensamiento abstracto y del relativismo valorativo característico de la época anterior. *Welzel* quiso convertir nuevamente la esencia real de la **acción humana** en el concepto central de la teoría del delito (*planteamiento ontológico*)⁵². Este autor suministró los conocimientos para proceder en lo sucesivo a una extensa corrección de las confusiones y contradicciones emergentes del sistema dominante y posibilitó, asimismo, que se colmaran progresivamente las lagunas existentes en aquél⁵³. Con ello, en la práctica fueron extraídas consecuencias que ya había apuntado el concepto de delito existente y que en su momento no habrían sido completamente reconocidas por la vieja Dogmática. Esencialmente se pueden obtener los mismos resultados si *no se toma por base la teoría de la acción final* y se adopta la teoría del *injusto* con una orientación “personalista” tal y como mayoritariamente suceden en la actualidad. Por ello, no existe motivo alguno para una “lucha de escuelas” entre finalistas y partidarios de la antigua sistemática⁵⁴. Puede ser completamente reconocido el significado memorable de la teoría del delito de *Welzel* sin tener que estructurar el nuevo sistema sobre la base exclusiva del concepto final de acción. Los avances dogmáticos decisivos también pueden ser fundamentados convincentemente desde una visión tradicional en la medida en que el pensamiento sistemático allí formado sea desarrollado de modo consecuente hasta el final. La diferencia reside en la fundamentación ontológica o, en su caso, normativa, de la estructura del concepto de delito.

El pensamiento finalista estuvo determinado por el cambio de la separación radical entre la realidad y el Derecho propia de los neokantianos, por la **realidad del ser social**⁵⁵. Por ello se esforzó en elaborar las “estructuras lógico-materiales” preexistentes a toda configuración jurídica y a conformar el Derecho penal según la “naturaleza de las cosas”⁵⁶. De este modo, la teoría de la estructura final de la acción humana se basa inmediatamente sobre los conocimientos de la nueva

⁵² Al respecto vid. *Arthur Kaufmann*, Die ontologische Begründung des Rechts, 1965; *Moos*, Strafrechtliche Probleme págs. 11 ss.; *Hirsch*, ZStW 93 (1981) págs. 836 ss.

⁵³ Vid. *Welzel*, JuS 1966, pág. 423.

⁵⁴ *Nowakowski*, JZ 1958, pág. 336; *el mismo*, JBl 1954, págs. 159 ss.

⁵⁵ *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie pág. 49; *el mismo*, Kölner Universitätszeitung 1930, págs. 5 ss.; la conexión del finalismo con la imagen del mundo político de la época en la que se originó, que ha sido destacada por *Frommel*, en: Strafrecht und Polizei im Dritten Reich págs. 90 ss., no ha influido como tal en la doctrina.

⁵⁶ *Welzel*, Niedermeyer-Festschrift pág. 290.

psicología sobre la traslación al mundo exterior de los actos psíquicos⁵⁷. También en el conocimiento valorativo la nueva teoría invocaba a lo preexistente a la existencia humana: “el deber incondicional, el sujeto responsable, la ordenación del actuar ético-social y la concordancia de los Ordenamientos ético-sociales”⁵⁸. El impulso hacia una verdadera **fundamentación ético-social del Derecho penal** también estuvo vinculado a la superación del neutralismo valorativo, lo que vino a expresarse en la concepción personal de la antijuricidad⁵⁹, en el postulado de la responsabilidad de la persona por sus decisiones voluntarias objetivamente correctas⁶⁰ y en el redescubrimiento de la idea de compensación como sentido ético de la pena⁶¹.

2. Desde un principio la nueva teoría hizo del **concepto de acción comprendido de modo finalista** la base de la estructura del delito⁶². De acuerdo con aquél, el actuar humano pertenece a una categoría del ser completamente distinta a aquélla en la que se integra cualquier suceso causal en la naturaleza. Dicha actuación es “ejercicio finalístico de la actividad”. Con auxilio de su conocimiento causal la persona puede dominar el suceso dentro de ciertos límites y de este modo dirigir su comportamiento a la completa consecución del fin. La dirección final de la acción se ejecuta con la anticipación espiritual del objetivo, la elección de los medios de acción necesarios y la realización de la acción en el mundo real.

La teoría de la acción final ha tenido sus precursores en *v. Weber*⁶³, *E. Wolf*⁶⁴ y *Graf zu Dohna*⁶⁵, aunque en ellos todavía se trata de afirmaciones de las que no han sido extraídas la totalidad de las consecuencias dogmáticas para la transformación del sistema de Derecho penal.

3. En el nuevo sistema del delito la finalidad de la acción típica fue equiparada al dolo⁶⁶. De la estructura final de la acción se deduce la consecuencia de

⁵⁷ Welzel, Das neue Bild p. IX.

⁵⁸ Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit pág. 240. Vid., también ya en Welzel, ZStW 51 (1931) pág. 715.

⁵⁹ Welzel, Lehrbuch págs. 58 ss.; Hirsch, ZStW 93 (1981) págs. 833 ss.

⁶⁰ Welzel, SJZ 1947, págs. 409 ss.; vid., además, *el mismo*, DJT-Festschrift Tomo I pág. 387

⁶¹ Vid. Bassenge, Ethik der Strafe págs. 22 ss.; Welzel, Lehrbuch pág. 231.

⁶² E. Wolf, Krisis und Neubau pág. 39.

⁶³ v. Weber, Tschechoslowakisches Strafrecht pág. 16; *el mismo*, Aufbau págs. 8 ss.

⁶⁴ E. Wolf, Krisis und Neubau pág. 39.

⁶⁵ Graf zu Dohna, Verbrechenlehre pág. 28.

⁶⁶ Hirsch, ZStW 93 (1981) pág. 837. En esta equiparación Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 173 divisa el error fundamental del planteamiento que él mismo busca superar a través del desdoblamiento del dolo (págs. 203 ss.).

que el dolo, junto con otros elementos subjetivos del injusto, debe pertenecer al tipo, puesto que la función de este último consiste en caracterizar la acción en todos sus elementos esenciales para la punibilidad.

De ello resultaron tres **modificaciones fundamentales en la estructura** de la teoría del delito⁶⁷.

a) En primer lugar, ahora la *conciencia de la antijuricidad* debió escindirse del dolo (pues aquélla es una pura realización de la voluntad), así como convertirse en el factor central de la culpabilidad; y es que el reproche por la defectuosa formación de la voluntad se dirige al autor sobre todo cuando éste ha resuelto cometer el hecho con conocimiento de su antijuricidad.

b) En correspondencia con ello, además, los casos de error debieron ser diferenciados de modo distinto a como lo hacía el esquema tradicional (error de hecho y error de Derecho)⁶⁸. De acuerdo con la nueva teoría existe, de un lado, el *error de tipo* que excluye el dolo y, con ello, la propia punibilidad porque sin dolo no se realiza el tipo; y de otra parte, el *error de prohibición* que niega la conciencia de la antijuricidad. De ello se dedujo como problema adicional la cuestión del tratamiento del error de tipo, para lo que Welzel introdujo los criterios de *vencibilidad* e *invencibilidad*⁶⁹. Sólo en el caso de error de prohibición invencible debía decaer completamente el reproche culpabilístico, pues de lo contrario éste seguiría existiendo si bien de modo atenuado. La así denominada *teoría estricta de la culpabilidad* también debió regir para el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (por ejemplo, para la legítima defensa putativa)⁷⁰.

c) Finalmente, trajo por consecuencia que la *participación* (inducción y complicidad) sólo pueda existir en el caso de que el hecho principal sea doloso porque la ausencia de dolo ya determina la exclusión del tipo del hecho principal⁷¹.

Con el traslado del dolo se alcanzó al fin una subjetivización de la antijuricidad que además condujo a un cambio en el concepto material del injusto. A partir de este momento los elementos subjetivos del tipo fueron agrupados junto con el dolo bajo el concepto superior de “elementos personales del injusto”, y el “desvalor de acción” confrontado al “desvalor de resultado” (vid. también *supra* § 7 I 1 a)⁷². La doble contemplación de la antijuricidad, bajo los aspectos de la voluntad de acción antijurídica y de la infracción del objeto,

⁶⁷ Vid., con mayor detenimiento, Welzel, *Materialen* Tomo I págs. 45 ss.

⁶⁸ Welzel, *Aktuelle Strafrechtsprobleme* págs. 10 ss.

⁶⁹ Welzel, SJZ 1948, pág. 368; *el mismo*, *Vom irrenden Gewissen* págs. 6 ss.

⁷⁰ Welzel, *Das neue Bild* págs. 70 ss.

⁷¹ Welzel, ZStW 58 (1939), págs. 537 ss.

⁷² Welzel, ZStW 58 (1939) págs. 523 ss.

mostró que el injusto no se agotaba en la causalidad del resultado socialmente dañino sino que debía ser visto en un “fracaso socialmente considerable” de la persona, concepto éste en el que están fusionadas la voluntad de acción del delincuente y el resultado delictivo.

4. También la esencia de la **imprudencia**, cuyos diversos elementos integrantes habían permanecido escondidos tras la denominación global de “forma de culpabilidad”, pudo ser clarificada a partir de ahora⁷³. Como infracción del deber de cuidado exigible en el tráfico, la imprudencia es un elemento del tipo y como reprochabilidad personal por la ausencia del deber de cuidado es un elemento de la culpabilidad (vid. *infra* § 54 I 3). Con ello fue ejecutada, simultáneamente, la separación con carácter general del dolo y la imprudencia que ya no aparecen como formas de culpabilidad sino como elementos del injusto típico.

Tampoco esta teoría era nueva. El planteamiento que sitúa la infracción del deber objetivo de cuidado junto al resultado como integrantes de la antijuricidad de la acción imprudente se encuentra ya en las monografías clásicas sobre la imprudencia⁷⁴; no obstante, a partir de este momento se dirigió hacia el desarrollo de una nueva Dogmática de la imprudencia.

5. El concepto de delito del finalismo fue ultimado por *Armin Kaufmann*⁷⁵ a través de la fundamentación de una nueva teoría del **delito omisivo** que, desde este momento, fue entendido junto con los delitos de comisión dolosos e imprudentes como tercera forma de manifestación del hecho punible que posea una estructura autónoma de sus elementos. La omisión (vid. *infra* §§ 58-60) es para los finalistas una forma especial del delito que ni siquiera es abarcada por el concepto final de acción, que sólo a través de la conversión del pensamiento sistemático desarrollado para el delito de comisión puede ser entendida en todos sus aspectos.

6. En Alemania el concepto de acción final sólo se ha impuesto en una parte de la Ciencia del Derecho penal⁷⁶. Sin embargo, las **consecuencias del finalismo** para la transformación del concepto de delito también son frecuentemente reconocidas como un acierto por quienes se encuentran fuera del círculo de los partidarios del concepto final de acción y vienen a fundamentar autónomamente

⁷³ *Welzel*, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* págs. 11 ss.; vid., también, *Niese*, *Finalität* págs. 53 ss.

⁷⁴ *Exner*, *Fahrlässigkeit* pág. 193; *Engisch*, *Untersuchungen* págs. 278, 343 ss.

⁷⁵ *Armin Kaufmann*, *Unterlassungsdelikte* págs. 92 ss., 239 ss.

⁷⁶ Sobre sus partidarios vid., con más detalle, *Hirsch*, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik* pág. 66 nota a pie núm. 4; además, *Küpper*, *Grenzen* págs. 44 ss.

el concepto de injusto personal⁷⁷. En el extranjero el concepto final de acción ha encontrado un rechazo mayoritario⁷⁸, pero también allí existen autores que consideran un avance la transformación de la teoría del delito operada por el finalismo⁷⁹. Además, tampoco puede subestimarse la influencia que el finalismo ha ejercido sobre la jurisprudencia y la legislación:

Las etapas más importantes en el desarrollo de la jurisprudencia fueron la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal del BGH acerca de la teoría de la culpabilidad y el tratamiento del error de prohibición (BGH 2, 194 [196 ss.]), la sentencia de la Sala 5.^a sobre la posición del dolo en el tipo de injusto (BGH 4, 76 [78]), sobre la distinción entre error de tipo y error de prohibición (BGH 4, 347 [352]) y sobre el contenido esencial de la autoría (BGH 8, 393 [396]), la sentencia de la Sala 2.^a relativa a la exigencia del carácter doloso del hecho principal (BGH 9, 370 [375]) y la decisión del Pleno de la Sala de lo Civil sobre la determinación del injusto de la acción por la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes (BGHZ 24, 21). En la reforma del Derecho penal la nueva Parte General asumió la distinción entre error de tipo y error de prohibición (§§ 16, 17), el tratamiento del error de prohibición de acuerdo con los postulados de

⁷⁷ Vid., siguiéndolo en este sentido *Gallas*, Beiträge págs. 32 ss.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 155 ss.; además, *Blei*, Allg. Teil págs. 112 ss. y 206; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 48 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núms 4 y 9 antes del § 13; *Haft*, Allg. Teil págs. 66 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 6/32; *Jescheck*, ZStW 93 (1981) págs. 17 ss.; *el mismo*, ZStW 98 (1986) págs. 9 ss.; *Lackner*, nota preliminar núms. 7 y 15 antes de los §§ 13, 15 núms. 36 y 49; *Roxin*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme págs. 89 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 54 ss. antes de los §§ 13 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 18 y 36 antes del § 1, nota preliminar núm. 5 antes del § 32; *Wessels*, Allg. Teil núms. 92 ss., núms. 139 ss.

⁷⁸ En Austria vid. la detenida crítica de *Nowakowski* JZ 1958, págs. 335 ss. y 388 ss. Sobre el eco negativo de esta teoría en Italia vid. *Dannert*, Die finale Handlungslehre págs. 2 ss.; en Portugal *Hünerfeld*, Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal págs. 207 ss. En Suiza *Piotet*, SchwZStr 71 (1956) págs. 409 ss. sostiene parcialmente la teoría de la acción final; *Stratenwerth*, SchwZStr 81 (1965) págs. 179 ss. y en Schweiz. Strafrecht Allg. Teil I págs. 107 ss. la defiende; *Schultz*, Einführung I págs. 119 ss. y *Graven*, L'infraction págs. 57 ss. la rechazan. En los Países Bajos *Hazewinkel-Suyinga/Remmelink*, Inleiding págs. 161 ss. se pronuncian en contra de ella. En España, por el contrario, la mantienen *Córdoba Roda*, Maurach-Festschrift págs. 629 ss.; *Cerezo Mir*, ZStW 84 (1972) págs. 1033 ss. y *Súñez Montes*, Welzel-Festschrift págs. 379 ss.; en Italia *Santamaria*, Prospettive, 1955. Se encuentra superada la detallada crítica de *Jiménez de Asúa*, Tomo III págs. 359 ss.

⁷⁹ Así en Austria *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 9 antes de los §§ 3 — 5; *Triffner*, Allg. Teil págs. 90 ss.; referencias adicionales en *el mismo*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 434 nota a pie núm. 66; en Suiza *Germann*, Verbrechen pág. 29; *el mismo*, SchwZStr 77 (1961) pág. 345; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 83 ss.; *Rehberg*, Strafrecht págs. 54 ss.; en España *Mir Puig*, Derecho penal págs. 126, 255; *Bacigalupo*, Manual pág. 73 con referencias adicionales; en Brasil *Fragoso*, Lições p.155.

la teoría de la culpabilidad (§ 17) y la exigencia de dolo en el hecho principal para las hipótesis de participación (§§ 26, 27).

VI. Su desarrollo más reciente

(véase la bibliografía del apartado V)

¿Cuáles serán los caminos por los que avanzará la **teoría general del delito del futuro**⁸⁰? Hay que contar con que seguirá imponiéndose el sistema que sirvió de base al concepto finalista de delito por resultar convincente con independencia de que se sustente o no la teoría final de la acción. En esta dirección caminan casi todas las nuevas exposiciones teóricas y comentarios. La nueva configuración del concepto de delito también va prevaleciendo progresivamente en los países extranjeros ligados a la Dogmática alemana. Más allá del cambio de sistema que siguió al finalismo también deben mencionarse nuevas aportaciones dirigidas a una ampliación adicional de la teoría del delito:

1. El finalismo en sentido estricto de *Welzel* es continuado fielmente por *Hirsch* en la estructura de la teoría del delito⁸¹. Por el contrario, otros de sus discípulos han continuado el desarrollo de su pensamiento esencial finalista hasta *posiciones extremas inaceptables*. Y así, para *Armin Kaufmann*⁸² y *Zielinski*⁸³ en el concepto de injusto personal sólo sería decisivo el desvalor de acción, mientras que el resultado, la verdadera infracción jurídica, únicamente entra en consideración como una condición objetiva de punibilidad. De este modo, el contenido de injusto del hecho punible doloso se reduciría notablemente. Asimismo, en los delitos imprudentes *Stratenwerth*⁸⁴ y *Jakobs*⁸⁵ quieren hacer depender la propia tipicidad de la acción de la capacidad individual del autor en el cumplimiento de la necesaria previsión y deber de cuidado. Con ello, desaparecería en este ámbito cualquier distinción entre el injusto y la culpabilidad.

⁸⁰ Vid. *Welzel*, Grünhut-Erinnerungsgabe págs. 173 ss.

⁸¹ *Hirsch*, ZStW 93 (1981) pág. 831, ZStW 94 (1982) pág. 239; además, *Küpper*, Grenzen págs. 144 ss. Acerca del desarrollo de la teoría final de la acción en otros autores vid. *Schmidhäuser*, JZ 1986, págs. 111 ss.

⁸² *Armin Kaufmann*, *Welzel-Festschrift* págs. 410 ss.

⁸³ *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert págs. 143, 172 ss., 208 ss. Críticamente, *Gallas*, Bockelmann-Festschrift págs. 161 ss.; *Hirsch*, Kölner Festschrift págs. 409 ss.

⁸⁴ *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1097 ss.

⁸⁵ *Jakobs*, Studien págs. 48 ss., 55 ss.; *el mismo*, Allg. Teil 9/8 ss. Para una revisión crítica *Schünemann*, Schaffstein-Festschrift págs. 161 ss.; *Hirsch*, Kölner Festschrift pág. 410.

2. *Schmidhäuser* ha desarrollado como síntesis un sistema autónomo a través del cual se intentan superar los “antagonismos existentes entre la teoría clásica y la concepción final de la acción”⁸⁶. Se trata de una sistemática teleológica de los elementos del delito en la que la relación entre el delito y la pena se encuentra en un primer plano (pág. 140). El fin de la pena es visto sólo en la prevención general (págs. 52 ss.). Para la interpretación del Derecho penal *Schmidhäuser* se asegura una amplia libertad por medio de la distinción entre el tenor literal y la interpretación del tipo (págs. 23 ss.), llegando a renunciar a su posible sentido literal como límite admisible (pág. 112). Característico es el desdoblamiento del concepto de dolo cuyo elemento intelectual al que sitúa en la culpabilidad junto con la conciencia del injusto, mientras que la voluntad entendida en sentido estricto como “intención” la acomoda en el injusto (págs. 178 ss.). La cuestión del libre albedrío permanece abierta a pesar de que necesita verdaderamente una respuesta, puesto que para la fundamentación de la culpabilidad a penas puede bastar con “comprobar la transgresión valorativa espiritual” (pág. 369).

3. También la propuesta de *Roxin*⁸⁷ parte del planteamiento sistemático básico de que los elementos del concepto de delito deben ser armonizados con los fines político-criminales (pág. 10)⁸⁸. Y así, el tipo es contrapuesto al “leitmotiv” del mandato de determinación de la Ley (pág. 15). En las causas de justificación se trata de buscar soluciones a los conflictos de acuerdo con “un número limitado de principios de ordenación material” (pág. 26). La culpabilidad es “impregnada político-criminalmente con la teoría de los fines de la pena” (pág. 33)⁸⁹. En especial, las causas de exclusión de la culpabilidad no sólo descansan sobre aspectos de la inexigibilidad, sino también en que en estos casos la pena no aparece justificada por razones de prevención general o especial⁹⁰. Por ello, *Roxin* quiere completar la actual exigencia de culpabilidad con la categoría de la necesidad preventivo-general de la pena, integrando ambas bajo un nuevo

⁸⁶ *Schmidhäuser*, Allg. Teil p. IV; *el mismo*, Studienbuch págs. 58 ss. Vid. la recensión crítica a la 1.ª ed. del Manual que realiza *Roxin*, ZStW 83 (1971) págs. 369 ss.

⁸⁷ *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª Ed. 1973.

⁸⁸ A la crítica de *Dreher*, GA 1971, pág. 217 consistente en que fija rígidamente los puntos de referencia político-criminales, *Roxin* ha opuesto el argumento de que sólo se trata de los “fines principales” (pág. 50).

⁸⁹ La misma idea básica se encuentra ya también en *Felix Kaufmann*, Grundprobleme págs. 61 ss.

⁹⁰ *Roxin*, Henkel-Festschrift págs. 171 ss. (estado de necesidad); *el mismo*, Schaffstein-Festschrift págs. 116 ss. (exceso en la legítima defensa); *el mismo*, Heinitz-Festschrift págs. 273 ss. (desistimiento en la tentativa); *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 289 ss. (error de prohibición).

concepto de "responsabilidad" (*concepto funcional de culpabilidad*)⁹¹. Del mismo modo, la culpabilidad ya deja de ser vista como un elemento fundamentador de la pena para pasar a ser sólo el límite superior de la determinación de la pena, por debajo del cual sólo debe actuarse con puntos de vista de la prevención general o especial (igualmente, § 59 II AE)⁹². En contra de la limitación de la determinación de la pena a consideraciones de corte preventiva habla, sobre todo, el hecho de que con ello se pierde el punto de conexión con la cualidad moral de la acción humana y, simultáneamente, el elemento sustentador de la prevención general positiva⁹³; también lo hace la circunstancia de que la prevención general como medida necesaria de la pena no admite en absoluto una averiguación racional.

4. Sin embargo, esta línea intermedia que acoge *Roxin* de configurar al principio de culpabilidad como límite superior en la determinación de la pena junto con el juicio de necesidad de la misma basada en criterios preventivo-generales, también ha sido sobrepasada por nuevas interpretaciones del concepto de culpabilidad. En este sentido *Jakobs* ya no entiende a la culpabilidad como una categoría autónoma sobre la que descansa la valoración individual sobre la posibilidad del autor de actuar de otro modo, sino simplemente como función de la correspondiente necesidad de pena que demanda la sociedad⁹⁴. *Achenbach*⁹⁵ se adhiere a la renuncia a la culpabilidad sobre la fundamentación de que no se necesita la culpabilidad para poner coto a las desmesuradas exigencias preventivo-generales, pues la justicia de la sanción ya estaría asegurada suficientemente mediante el "límite inmanente de una prevención general bien entendida en el sentido de una

⁹¹ *Roxin*, Henkel-Festschrift págs. 181 ss. Acerca de la traslación de este pensamiento director al sistema del Derecho penal, *Roxin*, Allg. Teil I § 7 núms. 50 ss. De acuerdo con él, *Schünemann*, Funktion pág. 169. En contra, *Lackner*, nota preliminar núm. 25 antes del § 13; *Schöneborn*, ZStW 92 (1980) pág. 688; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 117 antes del § 13; *AK (Schild)* §§ 20, 21 núm. 71; *Hirsch*, ZStW 106 (1994) págs. 755 ss.; *LK* (11.^a) (*Jescheck*) nota preliminar núms. 23 ss. antes del § 13.

⁹² *Roxin*, Arthur Kaufmann-Festschrift págs. 521 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 3 núms 46 ss.

⁹³ En contra de la retirada del principio de culpabilidad en la delimitación del marco punitivo, *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, pág. 230; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 9a; *Hirsch*, ZStW 106 (1994) págs. 755 ss.

⁹⁴ *Jakobs*, Schuld und Prävention págs. 31 ss. („La culpabilidad como derivado de la prevención general"); *el mismo*, Allg. Teil 17/21 (los límites de la atribución de culpabilidad tienen que "estipularse"); *el mismo*, Das Schuldprinzip pág. 25 (la culpabilidad como "déficit en la motivación de la fidelidad al Derecho"); de modo similar, *Streng*, ZStW 92 (1980) págs. 637 ss.

⁹⁵ *Achenbach*, Individuelle Zurechnung págs. 135 ss., 150; *Streng*, ZStW 92 (1980) págs. 664 ss.; *el mismo*, ZStW 101 (1989) págs. 283 ss.

orientación normativa" (prevención general integradora⁹⁶). La sustitución de la culpabilidad por la prevención general resulta, no obstante, de todo punto rechazable⁹⁷ porque con ello se renunciaría a la orientación del Derecho penal hacia la responsabilidad personal del autor por su hecho, perjudicando así la justicia individual. La desaparición del principio de culpabilidad conduce a una estrategia intimidatoria sin distinción de ningún tipo, tal y como evidencia la manipulación de la "strict liability" en Derecho penal anglo-americano⁹⁸ o en Francia la de los "délits purement matériels" en los delitos imprudentes⁹⁹. La culpabilidad y la prevención general se encuentran en niveles distintos. En la primera se trata de la cuestión de si, y en qué grado, el hecho puede ser personalmente reprochado al autor, mientras que en la segunda se trata de si, y en qué medida, resulta necesaria una sanción contra el autor por el hecho culpable para preservar la fidelidad al Derecho por parte de la colectividad, lo que únicamente puede alcanzarse a través de una pena "merecida"¹⁰⁰.

5. De lo que sobre todo se carece en la Dogmática actual es de la elaboración diferenciada de los elementos del moderno concepto de delito en aquellos puntos en los que por el momento todavía se trabaja con discutibles cláusulas generales, a saber, en los delitos de peligro concreto, en la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, en los criterios para determinar la vencibilidad del error de prohibición, en las reglas de la infracción del deber de cuidado y de la imputación personal en el marco de la imprudencia, en los deberes de garante y la cláusula de equiparación en el ámbito de los delitos de omisión impropia, así

⁹⁶ Fundamental al respecto *Roxin*, Bockelmann-Festschrift págs. 304 ss.

⁹⁷ Igualmente, *Otto*, GA 1981, págs. 481 ss.; *P.-A. Albrecht*, GA 1983, págs. 195 ss.; *Arthur Kaufmann*, Wassermann-Festschrift págs. 892 ss.; *el mismo*, Jura 1986, págs. 229 ss.; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 14 A 6; *Bock*, ZStW 103 (1991) págs. 647 ss., 654 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 25 antes del § 13; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 30 núm. 49; *Roxin*, SchwZStr 104 (1987) pág. 365; *Burkhardt*, GA 1976, págs. 335 ss.; *Schöneborn*, ZStW 92 (1980) págs. 682 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 117 antes de los §§ 13 ss.; *Stratenwerth*, Schuldprinzip págs. 28 ss.; *el mismo*, ZStW 91 (1979) págs. 919 ss.; *Würtenberger*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 37 ss.; *Schünemann*, Funktion págs. 174 ss.; *el mismo*, R. Schmitt-Festschrift pág. 135; *Schreiber*, Rechtliche Verantwortlichkeit pág. 66; *Maiwald*, Lackner-Festschrift págs. 161 ss.; *Kim*, Schuldprinzip pág. 88; *Hirsch*, Kölner Festschrift págs. 418 ss.; *el mismo*, ZStW 106 (1994) págs. 752 ss.; *Küpper*, Grenzen págs. 157 ss.; *Kühl*, Allg. Teil 10 núms 2 ss.

⁹⁸ *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 340 ss., 348 ss.

⁹⁹ *Jescheck*, ZStW 98 (1986) pág. 15. El art. 121-3 del Código penal de 1994 limita ahora las "infractions matérielles" a las faltas (al respecto, *Pradel*, Le nouveau Code pénal núms 48 ss.).

¹⁰⁰ Al final de su defensa del concepto funcional de culpabilidad *Neumann*, ZStW 99 (1987) pág. 592, se hace a sí mismo la decisiva objeción de que la idoneidad en el fin de la pena es una función de su adecuación a la culpabilidad, pero no a la inversa.

como en la delimitación entre autoría y participación. Mucho de lo que aquí se verá con detalle será objeto de una refutación posterior. No existe ninguna teoría del delito que pueda ser más que un proyecto transitorio o efímero. A pesar de ello puede decirse que la sistemática moderna procedente del finalismo ha alcanzado un alto grado en su fuerza de convicción. Es menor el peligro de que se trastorne por nuevas ideas sistemáticas procedentes del exterior, a que ella misma se destruya por la falta de contacto con la praxis.

§ 23 El concepto penal de acción y las cuestiones relacionadas con ella

Androulakis, Menschliches Verhalten als zentraler Bezugspunkt rechtlicher und insbesondere strafrechtlicher Normierung, Festschrift für J. Zepos, Tomo I, 1973 (impresión especial); *Baumann*, Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion? Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 181; *Behrendt*, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979; *el mismo*, Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 303; *Bloy*, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978) pág. 609; *Brammsen*, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes usw., JZ 1989, pág. 71; *v. Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966; *Busch*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *Engisch*, Der finale Handlungsbegriff, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 141; *el mismo*, Besprechung von A. Kaufmann, "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte", JZ 1962, pág. 189; *el mismo*, Vom Weltbild des Juristen, 2.^a Ed. 1965; *el mismo*, Tun und Unterlassen, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 163; *el mismo*, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 343; *Franzheim*, Sind falsche Reflexe der Kraftfahrer strafbar? NJW 1965, pág. 2000; *Gehlen*, Der Mensch, 13.^a Ed. 1986; *Glöckner*, Cogitationis poenam nemo patitur, 1989; *Gössel*, Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung usw., 1966; *Hall*, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; *Henkel*, Der Mensch im Recht, Studium Generale 1960, pág. 229; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo*, Das Wollen beim Vorsatzdelikt usw., JZ 1988, págs. 573, 635; *Hirsch*, Der Streit um Handlungs— und Unrechtslehre usw., ZStW 93 (1981) pág. 831, ZStW 94 (1982) pág. 239; *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976; *Jakobs*, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 307; *el mismo*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; *Jescheck*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 139; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959.; *el mismo*, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 393; *el mismo*, Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht, en: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, pág. 21; *Arthur*

Kaufmann, Schuld und Strafe, 1966; *el mismo*, Die ontologische Struktur der Handlung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 79; *el mismo*, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, JuS 1967, pág. 145; *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980; *el mismo*, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, pág. 477; *Klug*, Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem, Festschrift für C. A. Emge, 1960, pág. 33; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Maihofer*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953; *el mismo*, Der soziale Handlungsbegriff, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 156; *Maiwald*, Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff? ZStW 86 (1974) pág. 626; *el mismo*, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, pág. 473; *Marinucci*, Il reato come "azione", 1971; *H. Mayer*, Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 137; *Michaelowa*, Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, 1968; *Moos*, Die finale Handlungslehre, Strafrechtliche Probleme 2 (1974) pág. 5; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *Noll*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, Kriminologische Schriftenreihe, Tomo núm. 54, 1971, pág. 21; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Otter*, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenbau? 1973; *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904; *Roxin*, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962) pág. 515; *el mismo*, Rechtsidee und Rechtsstoff usw., Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 260; *Schewe*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schmidhäuser*, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954) pág. 27; *el mismo*, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden? JZ 1986, pág. 109; *el mismo*, Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 131; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939; *el mismo*, Soziale Handlungslehre, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 338; *R. Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970; *Spiegel*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen, DAR 1968, pág. 283; *Stratenwerth*, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr 81 (1965) pág. 179; *el mismo*, Unbewußte Finalität? Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 289; *Struensee*, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, pág. 53; *v. Weber*, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 328; *Weidemann*, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA 1984 pág. 408; *Welzel*, Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 1968, pág. 425; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 3; *Ernst Wolf*, Die Lehre von der Handlung, AcP 170 (1970) p. 181; *E. A. Wolf*, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964; *el mismo*, Das Problem der Handlung im Strafrecht Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 291; *Wolter*, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit usw., 140 Jahre GA, 1993, pág. 269.

I. Necesidad, función y requisitos del concepto de acción

1. La doctrina penal se esfuerza desde hace tiempo en responder a la pregunta de qué ha de entenderse por **acción** (como punto de partida de todas las discusiones posteriores sobre los elementos del delito). En realidad muchos autores consideran este esfuerzo infructuoso porque si se pudiera encontrar una definición de este tipo sería tan genérica que carecería de valor sistemático alguno¹. No obstante, el concepto de acción como punto de referencia para los predicados de la tipicidad, antijuricidad y de la culpabilidad, aparece como algo irrenunciable aún cuando la “suerte de la Dogmática penal” se juega solamente en esos niveles posteriores de la investigación de un comportamiento². Además, el legislador utiliza en las disposiciones sobre Derecho penal internacional (§§ 3-7) un concepto de “hecho” independiente del tipo, de modo que en este nivel previo a la tipicidad debe ser comprobada la existencia de un “hecho” que permita la entrada del poder punitivo alemán (vid. *supra* § 18 I 1). Pero prescindiendo de este argumento *sistemático* existe también un interés *teórico* en la caracterización positiva de un comportamiento humano con trascendencia jurídico-penal, puesto que de ello se deriva el límite exterior de la imputación de un hecho como “obra del ser humano”³. Finalmente, el concepto de acción posee también un significa-

¹ Esta tesis, ya defendida anteriormente (vid. *supra* § 22 III 2 a), vuelve a recobrar hoy fuerza situándola en un primer plano a la vista de la improductividad del concepto de acción; vgl. Gallas, Beiträge págs. 30 ss.; v. Bubnoff, Handlungsbegriff págs. 149 ss.; Bockelmann/Volk, Allg. Teil págs. 41 ss.; Klug, Emge-Festschrift págs. 33 ss.; Brammsen, JZ 1989, pág. 76; Schmidhäuser, Allg. Teil págs. 177 ss.; Noll, Der strafrechtliche Handlungsbegriff pág. 11; Otto, Grundkurs pág. 63; Lackner, nota preliminar núm. 7 antes del § 13; Fiandaca/Musco, Diritto penale págs. 94 ss.; Marinucci, Il reato págs. 203 ss.; Otter, Handlungsbegriff pág. 199; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 37 antes del § 13; Eser/Burkhardt, Strafrecht I núm. 3 A núm. 74. Con la fórmula de Jakobs, Allg. Teil 6/32: “evitabilidad de una diferencia en el resultado”, se abandona un concepto de acción previo al tipo. El concepto de acción que ha continuado desarrollando Jakobs, Handlungsbegriff pág. 44, va más allá de una transcripción general del concepto de delito. En los manuales extranjeros rara vez se discute el concepto de acción; el conocido Tratado francés de Merle/Vitu, Traité I antes del núm. 454 exige sólo “un comportement humain”. Una excepción constituyen las extensas exposiciones del concepto de acción que realiza Jiménez de Asúa, Tomo III págs. 328 ss.; Glanville Williams, Criminal Law págs. 1 ss.; LaFare/Scott, Substantive Criminal Law I págs. 272 ss.; Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, Derecho penal págs. 361 ss.; Bettiol/Pettoello Mantovani, Diritto penale págs. 273 ss.; Hazewinkel-Suringa/Rammelink, Inleiding pág. 146; Triffterer, Allg. Teil págs. 106 ss.

² Así, Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 37 antes del § 13.

³ En este sentido, Roxin, Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 262; Noll, Handlungsbegriff págs. 28 ss.; SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 18 antes del § 1.

do *práctico* ya que con una formulación adecuada asegura que todo lo que *carece* de importancia para el enjuiciamiento penal queda excluido desde el principio⁴.

2. Al concepto de acción le deben bastar distintos *requisitos* para poder cumplir adecuadamente con su función en la estructura de conjunto de la teoría del delito⁵. Ante todo, debe ser aplicable a todas las formas del actuar humano que pueden tener relevancia para el Derecho penal —tanto al comportamiento doloso como al imprudente, así como al activo y al omisivo— (*función de clasificación*). El concepto de acción debe, además, poseer el suficiente contenido material como para que los conceptos jurídico-penales del sistema (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), puedan ser conectados con el primero como especificaciones anexas (*función definitoria*). Por último, debe excluir aquellos comportamientos que bajo ningún punto de vista aparezcan como punibles (*función delimitadora*) sin necesidad de tener que anticipar los elementos específicos del delito.

Ejemplo: El movimiento involuntario de un noctámbulo por el que destroza un jarrón ajeno de gran valor no puede dar lugar bajo ninguna circunstancia a la fundamentación de su punibilidad; de ahí que tampoco pueda ser una acción en sentido jurídico-penal. Por otra parte, sería ir demasiado lejos el negar la condición de acción en *todo* tipo de infracción jurídica que se lleva a cabo de un modo inconsciente, ya que de este modo la problemática del comportamiento imprudente (que es una cuestión de la tipicidad y la culpabilidad) se sitúa en un nivel demasiado “bajo” y, con ello, se sobrecargaría el concepto de acción.

II. Estructura y crítica del concepto causal de acción

1. De acuerdo con el concepto suministrado por la Ciencia penal alemana y extranjera, la acción es *un comportamiento humano dominado por la voluntad (voluntario)* que produce un determinada consecuencia en el mundo exterior, por lo que dicha consecuencia puede consistir o bien en un simple movimiento corporal (delitos de actividad) o bien en uno que vaya acompañado de un resultado en el mundo exterior (delitos de resultado) (**concepto causal de acción**) (vid. *supra* § 22 III 2 a)⁶. Este concepto de acción se denomina “causal” porque la voluntad

⁴ Destacan el significado del concepto de acción *Androulakis*, Zepos-Festschrift pág. 13; *Bloy*, ZStW 90 (1978) pág. 632; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núms. 3 ss. antes del § 13; *Hirsch*, ZStW 93 (1981) págs. 843 ss.; *Arthur Kaufmann*, H. Mayer-Festschrift pág. 81; *Armin Kaufmann*, Handlungsbegriff pág. 32; *Maiwald*, ZStW 86 (1974) pág. 642; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 16 núm. 1; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 142; *Wessels*, Allg. Teil núm. 86; *Welzel* Lehrbuch págs. 31 ss.; *Baumann*, Armin-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 186 ss.; *Wolter*, 140 Jahre GA pág. 283.

⁵ Para más detalles vid. *Maihofer*, Handlungsbegriff págs. 6 ss.

⁶ Así, *Beling*, Lehre vom Verbrechen págs. 9 y 17; *u. Liszt*, Lehrbuch 21.^a/22.^a Ed. pág. 116;

únicamente es concebida en su función impulsora pero no como fuerza directora del curso del acontecimiento.

Ejemplo: En un disparo mortal únicamente se comprueba bajo el punto de vista de la acción que el comportamiento “estaba sustentado por la voluntad” y que ha causado el resultado de muerte. Por el contrario, la circunstancia de si la voluntad iba dirigida a dicho resultado sólo es indagada en la culpabilidad.

2. El **examen crítico** del concepto causal de acción muestra que la consideración de todas las modalidades del comportamiento voluntario como simples procesos causales, no comprende a la esencia de la intención que guía a las acciones y que es lo que distingue al contingente principal del delito. Seguramente que no siempre la voluntad “como acción” diferencia a la acción humana de los meros acontecimientos de la naturaleza, pero lo específicamente humano en la acción no consiste en la causalidad de la voluntad, pues también las fuerzas de la naturaleza desarrollan efectos causales, sino en la “finalidad” conformadora del curso causal objetivo, algo para lo que únicamente la persona está capacitada⁷. Además, en sí mismo el concepto causal de acción no permite acoger la omisión⁸. La cualidad de la omisión consiste precisamente en que falta el impulso esperado de la voluntad y por ello *no* es puesto en marcha un proceso causal determinado. Finalmente, este concepto conduce a un regreso “ad infinitum” porque, al menos teóricamente, también son acciones los acontecimientos lejanos que en modo alguno se encuentran razonablemente relacionados con el hecho (por ejemplo, el nacimiento del asesino como presupuesto necesario del asesinato)⁹. En parte se ha intentado salvar estas dificultades por medio de la introducción del concepto de “comportamiento humano”¹⁰, aunque en verdad tampoco se ganó mucho con ello.

Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 193; *LK* (9.^a) (*Heimann-Trosien*) Introducción núm. 31; *Spiegel*, DAR 1968, pág. 283; *Naucke*, Einführung pág. 264; *Mezger*, Lehrbuch págs. 91 ss.; *Kohlrausch/Lange*, Syst. nota preliminar II B; *Bettioli/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 280 ss.; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 369 ss.; *Pompe*, Handboek pág. 88 (acerca de anteriores autores holandeses). También de modo similar, BGH 3, 287 (289).

⁷ Así, con razón, *Schmidhäuser*, ZStW 66 (1954) págs. 28 ss.

⁸ Acertadamente en este sentido, *E. A. Wolf*, Handlungsbegriff págs. 10 ss.; *Pompe*, Handboek pág. 88; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 16 núm. 35.

⁹ Así, con acierto, *H. Meyer*, v. *Weber-Festschrift* págs. 146 ss.

¹⁰ En esta dirección *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre pág. 14; *Mezger*, Moderne Wege pág. 12; *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 21.

III. Estructura y crítica del concepto final de acción

1. Según esta teoría la acción humana no es un simple devenir causal conducido por la voluntad, sino la **actividad dirigida a un fin** (vid. *supra* § 22 V 2). La finalidad descansa en la capacidad de la persona para prever dentro de ciertos límites las consecuencias de su intervención causal, así como para dirigir el curso del acontecimiento hacia el objetivo propuesto conforme a un plan y a través del recurso a sus propios medios. Por este motivo, el evento causal gobernado por la voluntad es la “espinas dorsal de la acción final”, el “factor directivo que conforma el suceso causal externo”. La dirección final de la acción se ejecuta en tres etapas: comienza con la fijación ideal del objetivo, a ello le sigue la elección de los medios de acción necesarios para alcanzar aquél y finaliza con la realización de la voluntad de la acción en el mundo real¹¹.

Ejemplo: En un disparo mortal el autor elige primero su víctima, escoge el arma, apunta a la víctima y, finalmente, realiza su voluntad homicida al disparar.

2. También han sido formuladas **objeciones** en contra del concepto final de acción, aunque con total independencia de que de éste puedan ser extraídas las amplias consecuencias que para el sistema en la elaboración conceptual del delito se han deducido de aquella concepción¹².

a) El concepto final de acción suministra una descripción acertada de las acciones conscientes de la voluntad anticipadas idealmente. Sin embargo, también conocemos sucesos que a primera vista no se corresponden con la imagen de la acción final. No obstante, cabe clasificarlos también dentro del concepto de finalidad porque la dirección final, aunque no exista conscientemente, puede entrar a jugar en cualquier momento. Esto rige, de un lado, para las *acciones automáticas* (vgr., andar, escribir, conducir un vehículo)¹³, porque en ellas el evento que exteriormente aparece como un acontecimiento

¹¹ Vid. con más detalle *Welzel*, *Das neue Bild* págs. 1 ss.; *el mismo*, *Lehrbuch* págs. 33 ss.; *Hirsch*, *ZStW* 93 (1981) pág. 838 con referencias adicionales; *Stratenwerth*, *SchwZStr* 81 (1965) págs. 183 ss.; *el mismo*, *Allg. Teil I* núms. 147 ss.; *Busch*, *Moderne Wandlungen* págs. 7 ss.; *Küpper*, *Grenzen* págs. 44 ss. Acerca del desarrollo posterior de la teoría final de la acción *Schmidhäuser*, *JZ* 1986, págs. 109 ss.; él mismo alcanza en cuanto al resultado “conceptos sencillos” (“acción” es un hacer querido, “omisión” es no actuar donde debería haberse hecho) que no contienen definición alguna; vid. *Schmidhäuser*, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift* pág. 157.

¹² Sobre tales críticas *Roxin*, *Allg. Teil I* § 8 núms. 18 ss.; *el mismo*, *ZStW* 74 (1962) págs. 515 ss.; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 16 núms. 43 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 31 ss. antes del § 13.

¹³ Vid. *Stratenwerth* *Welzel-Festschrift* págs. 289 ss.; *LK* (11.^a) (*Jescheck*) nota preliminar núm. 41 antes del § 13; mostrando sus dudas *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 31 antes del § 13.

mecanizado (aunque inicialmente aprendido) descansa en una dirección inconsciente que, en cualquier momento y por actos de la voluntad, puede convertirse nuevamente en consciente. De otro, es válido también para las *acciones lúdico-creativas*¹⁴, pues en éstas las asociaciones de sentimientos asumen la función de la anticipación mental en la representación del objetivo que, igualmente, pueden ser empujadas hacia la plena consciencia. También rige, finalmente, para las *acciones pasionales* en las que aunque en verdad irrumpen de modo inmediato las fuerzas impulsoras procedentes de los bajos instintos, sin embargo la ejecución de la acción misma está regida finalmente (vid. el caso de la BGH 11, 20)¹⁵. Por lo expuesto las críticas son, pues, infundadas.

b) Pero el concepto final de acción tampoco puede cumplir la misión de un concepto superior que englobe *todas* las formas de comportamiento penalmente relevantes¹⁶. La dirección del proceso causal a través de impulsos de la voluntad característica del curso de la acción final se encuentra ausente en la *omisión*, con independencia de lo intensa que sea la colaboración emocional del "autor" en el acontecimiento que tiene lugar ante él¹⁷. Pero más allá, tampoco la *acción imprudente* puede ser clasificada sin fricciones en el concepto final de acción¹⁸. Seguramente la imprudencia consiste en su mayor parte, como ya advirtieron los finalistas, en una ejecución descuidada de una acción final, pero el descuido en la ejecución no es precisamente un momento de su finalidad¹⁹. La inobservancia

¹⁴ Vid. la crítica al concepto final de acción que realiza Hall, *Fahrlässigkeit* pág. 15.

¹⁵ Vid. la crítica de Henkel, *Studium Generale* 1960, págs. 237 ss. Destacan con acierto la cualidad de la acción del hecho pasional Krümpelmann, *Welzel-Festschrift* págs. 334 ss.; Schewe, *Reflexbewegung* pág. 131.

¹⁶ Esto fue también admitido por Welzel, *Lehrbuch* págs. 31 ss. y 129 ss., así como por Stratenwerth, *Allg. Teil I* núm. 157. Por el contrario, hace énfasis en la necesidad de un concepto amplio de acción que también deba incluir el comportamiento espontáneo y reflejo v. Weber, *Engisch-Festschrift* pág. 337.

¹⁷ Sobre la falta de la "finalidad actual" en la omisión Armin Kaufmann, *Unterlassungsdelikte* págs. 66 ss. Asimismo, Welzel, *Lehrbuch* pág. 200. La conexión entre la acción y la omisión en el concepto de "capacidad de acción" elaborado por Armin Kaufmann, *Unterlassungsdelikte* pág. 83, no resulta suficiente porque dicha capacidad de acción es un presupuesto de la acción pero no viene a ser la acción misma. Cuando Stratenwerth, *Allg. Teil I* núm. 157 se sitúa sobre la finalidad de la acción esperada, no se expresa nada acerca de la omisión.

¹⁸ Al respecto, especialmente, Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe* pág. 42; *el mismo*, *JuS* 1967, págs. 145 ss.; H. Mayer, *Grundriß* pág. 49; Bockelmann/Volk, *Allg. Teil* pág. 46; Roxin, *Allg. Teil I* § 8 núms. 19 ss. Por el contrario, nuevamente, Niese, *Finalität* págs. 40 ss.; Welzel, *NJW* 1968, págs. 425 ss.; Stratenwerth, *Allg. Teil I* núms. 160 ss.; Weidemann, *GA* 1984, págs. 408 ss.; Struensee, *JZ* 1987, págs. 57 ss.

¹⁹ Tampoco la sustitución por Welzel, *Maurach-Festschrift* pág. 7, del concepto de "finalidad" por el de "conducción" (de origen cibernético) cambia nada al respecto puesto que en la imprudencia se trata sólo de una *posible* conducción.

del deber de cuidado, exclusivamente relevante para el enjuiciamiento penal, se encuentra en cierta medida *junto* a la finalidad de la acción; sin embargo, el juicio sobre la negligencia se lleva a cabo sólo en relación con un resultado evitable que en el hecho imprudente se encuentra precisamente *fuera de la relación final*. Tampoco cambia nada el hecho de que el contenido de la voluntad pueda ser determinante de la medida en la inobservancia del deber de cuidado, algo que se demuestra especialmente en los delitos cualificados por el resultado (vid., por ejemplo, §§ 18 y 226²⁰). En éstos, al igual que con frecuencia sucede en las acciones imprudentes, la falta del deber de cuidado no reside en absoluto en que es “dirigida descuidadamente”, sino en que aquéllas no suceden de ningún modo. En estos casos, difícilmente puede afirmarse que la “forma y modo” de la ejecución de la acción haya sido poco diligente.

Ejemplos: La enfermera que negligentemente pone una inyección equivocada a su paciente “conduce” su comportamiento de modo descuidado. Por el contrario, si el caso consiste en que el paciente, por su situación, no puede recibir inyección de ningún tipo, no puede decirse que la enfermera, que a pesar de ello le pone la inyección, haya procedido con la infracción de su deber de cuidado en la forma y modo de ejecución de la acción; la anomalía reside aquí más bien en que aquélla ha actuado.

IV. El concepto negativo de acción

Con una descripción negativa se intenta singularizar el concepto de acción del suceso penalmente relevante como “no evitar lo evitable”²¹, dividiendo así también un concepto superior comprensivo del hacer positivo y la omisión al poder ser entendida esta última como el no evitar la inactividad frente a una acción esperada. De este modo, la evitabilidad de lo que no se evita se fundamenta sobre la capacidad de “contradirigir”²². Sin embargo, lo que por ser inevitable no depara ninguna responsabilidad penal no suministra ventaja ilustrativa alguna por su obviedad. Por el contrario, la evitabilidad de un resultado penalmente relevante no es una cuestión de la acción, sino de la imputación del acontecimiento posterior a la acción del autor²³.

²⁰ Téngase en cuenta la nueva redacción sufrida por el § 226 StGB (N del T).

²¹ Así, Herzberg, Die Unterlassung pág. 177; *el mismo*, JZ 1988, págs. 576 ss.; Behrendt, Die Unterlassung págs. 130 ss.

²² Behrendt, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 304.

²³ En profundidad, pronunciándose en contra de un concepto negativo de acción Roxin, Allg. Teil I § 8 núms. 34 ss.; además, Brammsen, JZ 1989, págs. 72 ss.; Jakobs, Allg. Teil 6/33; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 36 § 13; Engisch, Gallas-Festschrift págs. 193

V. El concepto personal de acción

De acuerdo con este concepto la acción es toda exteriorización de la personalidad que "permite ser atribuida a una persona como centro de acción moral y espiritual"²⁴. Por una parte, el concepto personal de acción conecta exclusivamente con la personalidad como individualidad y, con ello, conecta de forma demasiado profunda con acontecimientos que de ningún modo poseen relevancia social. Pero, por otra parte, es demasiado estrecho para el Derecho penal porque la omisión, como actuación que se presenta objetivamente, apenas puede ser entendida como "expresión" de la personalidad en los casos de desconocimiento de la situación de peligro, a pesar de lo cual puede ser un comportamiento punible (como hecho omisivo imprudente).

VI. El concepto social de acción

1. La categoría básica esencial del comportamiento *activo* humano es la *finalidad*, pues es la capacidad para dirigir cursos causales la que caracteriza a la posición del ser humano en la naturaleza. A ello se añade una segunda categoría, la *omisión*, que no sólo tiene relevancia para el Derecho civil (piénsese en la transcendencia del "silencio en el tráfico jurídico") sino también para el Derecho penal. Una omisión existe cuando, de conformidad con las normas del Derecho o la Moral, así como según las reglas de la costumbre o la experiencia, era de *esperar* un hacer activo que no tiene lugar a pesar de que éste hubiera sido posible a través de la puesta en marcha de la finalidad. En atención a la posibilidad de que el suceso sea dirigido, la omisión es igualmente una categoría esencial a la que, sin embargo, se añade un juicio normativo por la expectativa de comportamiento. Si, por lo demás, el concepto de acción puede comprender tanto al hacer como a la omisión, es algo que se discute. En parte se sostiene la idea de que, a causa de la diferencia estructural entre el hacer positivo y la omisión, no es factible elaborar una unidad superior para ambas manifestaciones del comportamiento²⁵; por el contrario, también se admite parcialmente que la omisión evidencia un "modus"

ss.; Wessels, Allg. Teil núm. 87.

²⁴ Así Roxin, Allg. Teil I § 8 núms. 42 ss.; de modo similar, SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 18 antes del § 1; Arthur Kaufmann, H. Mayer-Festschrift pág. 101.

²⁵ Así, Radbruch, Handlungsbegriff págs. 131 ss.; Gallas, Beiträge págs. 25 ss.; Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte págs. 66 ss.; Welzel, Lehrbuch pág. 200; v. Bubnolff, Handlungsbegriff págs. 149 ss.; Roxin, ZStW 74 (1962) págs. 547 ss. Acerca de la posibilidad lógica de un concepto superior para la acción y la omisión vid., no obstante, Engisch, Welzel-Festschrift págs. 364 ss. Referencias adicionales en Engisch, Gallas-Festschrift pág. 163 nota a pie núm. 1.

de la eficacia del comportamiento humano que es asimilable al actuar positivo²⁶. Ambos planteamientos han de rechazarse. Las formas en las que tiene lugar el enfrentamiento del ser humano con su entorno (finalidad en el hacer positivo y la posibilidad de dirigir en la omisión) no pueden ser unificadas en un nivel ontológico, dado que la omisión no es final en sí misma por estar ausente de ella la expectativa de la puesta en marcha de la finalidad. Sin embargo, el hacer positivo y la omisión pueden integrarse en un concepto de acción unitario cuando se alcanza a encontrar un punto de vista superior de carácter *valorativo* que aúne en el ámbito normativo los elementos que, por su esencia material, resultan incompatibles²⁷. Esta síntesis debe ser buscada en la *relación del comportamiento humano con su entorno*. Éste es el sentido del concepto de acción *social*. **De acuerdo con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social** (vid. *supra* § 22 III 2 a)²⁸. Aquí el “*comportamiento*” significa toda respuesta de la persona a la exigencia de una situación reconocida o por lo menos reconocible, a través de la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta en dicha situación²⁹. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de la actividad

²⁶ Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 191; *Gössel*, Wertungsprobleme pág. 112; *Maihofer*, Handlungsbegriff pág. 14; *Mezger*, Lehrbuch pág. 132; *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff pág. 32.

²⁷ *Hazewinkel-Suninga/Rommelink*, Inleiding pág. 164: el hacer activo y la omisión se equiparan “in de sociale orde en in de normatieve orde”.

²⁸ El concepto social de acción se defiende de muy distintas maneras; vid. v. *Liszt/Schmidt*, Tomo I, 26.^a Ed. pág. 153; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht pág. 75, en especial en nota a pie núm. 29; *el mismo*, Engisch-Festschrift págs. 339 ss; *Engisch*, Kohlrausch-Festschrift pág. 161; *el mismo*, Weltbild pág. 38; *Maihofer*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 170 ss.; *Preisendanz*, nota preliminar B III 1; *Wessels*, Allg. Teil núm. 93; *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff págs. 29 ss.; *el mismo*, Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 299. Sobre todo ello vid., además, *Jescheck*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 150 ss. así como en profundidad *Bloy*, ZStW 90 (1978) págs. 611 ss., especialmente pág. 647. Cercanos también a la concepción aquí sustentada *H. Mayer*, Grundriß pág. 75; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 16 núm. 73; *WK (Nowakowski)* nota preliminar 13 antes del § 2; *Würtenberger*, Situation pág. 54; *Arthur Kaufmann*, H. Mayer-Festschrift págs. 96 ss. Con dudas *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 3 A núms. 63 ss. El concepto de acción social se corresponde con lo que *Welzel*, Lehrbuch pág. 31 caracterizó como “ámbito jurídico-penal de actuación normativa”. De ahí que también sea defendido por *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 151, porque este concepto no contradice a la teoría final de la acción en su ámbito legítimo. La teoría de la acción de *Ernst Wolf*, AcP 170 (1970) págs. 205 ss. se limita a una descripción de las formas de comportamiento imaginables, pero sin decir sobre qué se fundamenta el juicio de imputación. Sobre este último como base de la “aplicación reglada” *Hruschka*, Zurechnung pág. 13; sobre la base de la “posibilidad decisoria” *Kindhäuser*, Intentionale Handlung págs. 202 ss.

²⁹ *E. A. Wolff*, Handlungsbegriff pág. 17; *Wessels*, Allg. Teil núm. 93; *Maiwald*, JuS 1981, pág. 476 (acerca de la omisión). De modo similar, *Gehlen*, Der Mensch pág. 32: “Denominamos acciones a los actos que se expresan hacia el exterior”.

final (finalidad). Pero también puede limitarse a la causación de consecuencias inintencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia). Finalmente, puede expresarse a través de la inactividad frente a una determinada (aunque no es necesario que esté jurídicamente fundamentada) expectativa de acción, con lo cual también aquí se presupone la concurrencia con carácter general de la posibilidad de dirección (omisión)³⁰. El requisito del comportamiento "*humano*" indica que para actuar en sentido jurídico-penal sólo se tienen en cuenta modos de comportamiento de personas *individuales*, pero no actos de agrupaciones de personas. Una conducta tiene "*trascendencia social*" exclusivamente cuando se refiere a la relación del individuo con su entorno y afecta al mismo a través de sus efectos³¹. Para ello es necesario que el comportamiento se manifieste exteriormente, por lo que en la omisión es suficiente con la ausencia de efectos que habría tenido el hacer sujeto a expectativa y dirección (por ejemplo, la ausencia de una posible prestación de auxilio en un accidente)³².

El concepto social de acción engloba con ello *todas* las modalidades de conducta que se tienen en cuenta para el enjuiciamiento penal. Además, encierra los contornos de una *definición* que no sólo describe abstractamente a la acción sino que también lo hace en su esencia material de una forma concreta; de este modo, pueden ser mejor determinados, sin necesidad de anticiparlos, los elementos generales del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). Finalmente, *excluye aquel tipo de comportamientos* que no pueden tener significado alguno desde una perspectiva penal.

2. Del concepto social de acción se deduce **negativamente** el círculo de modalidades de conducta que desde un principio no son tenidas en cuenta para la imputación penal. Esta función negativa es también reconocida por quienes se oponen a un concepto general de acción³³.

³⁰ Sobre la justificación de la existencia de un concepto de omisión prejurídico de esta naturaleza vid. *Engisch*, JZ 1962, pág. 190.

³¹ Vid. *u. Weber*, *Engisch-Festschrift* pág. 331. Conforme *Jakobs*, *Handlungsbegriff* pág. 28.

³² Vid. *Jakobs*, *Welzel-Festschrift* págs. 318 ss.

³³ Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 37 ss. antes del § 13. Por el contrario, *Michaelowa*, *Begriff* pág. 82, entiende por acción "cualquier modo de existencia humana", rechazando con ello la limitación impuesta en el texto; en cambio, *Marinucci*, *Il reato* pág. 203, se decanta también por una delimitación negativa basada completamente en los tipos delictivos. Igualmente, *Otter*, *Handlungsbegriff* págs. 179 ss. y *Armin Kaufmann*, *Welzel-Festschrift* pág. 394. Suministra con acierto una visión estrecha del concepto de "no acción" *Schewe*, *Reflexbewegung* pág. 75; acerca del concepto de movimiento reflejo *el mismo*, *ibídem* págs. 55 ss.; *Stratenwerth*, *Welzel-Festschrift* págs. 297 ss.

a) Como la acción evidencia la realización de una posibilidad de reacción que se le presenta a la persona, el requisito mínimo del concepto de acción debe ser visto al menos en la cooperación potencial de sus fuerzas psíquicas y mentales³⁴. Según ello, no constituyen acción los **reflejos corporales** puramente somáticos en los que el movimiento o la ausencia del mismo se desencadena de modo inmediato a través del correspondiente estímulo del sistema nervioso, al igual que sucede con los movimientos corporales en situación de **inconsciencia** o, finalmente, con los efectos que se derivan de la **fuerza irresistible** (vis absoluta).

Ejemplos: Alguien que resulta sobresaltado por la descarga de una corriente eléctrica y que de este modo lesiona a otra persona³⁵. El conductor de un vehículo que causa un accidente como consecuencia de su estado de inconsciencia por un ataque de epilepsia que no se había manifestado anteriormente (OLG Schleswig VRS 64, pág. 429). Alguien que situado en el borde de una piscina es empujado y golpea a un nadador al caer a ella.

b) La cualidad de acción se niega también en aquel caso en el que alguien permanece inactivo frente a una expectativa de acción por faltarle la *capacidad de acción*, siempre que cualquier otro en su situación tampoco la hubiera podido tener.

Ejemplos: Si el único funcionario de vigilancia nocturna es reducido y encerrado en una celda por un preso de modo que no pueda evitar su huida, decae la posibilidad de aplicar el § 120 II al poder negarse aquí la capacidad de acción. Asimismo, no existe delito de allanamiento por la permanencia ilegítima según el § 123 I (en su segunda alternativa) cuando el viajero que es invitado a abandonar el tranvía no lo hace durante el trayecto en marcha (RG 75, 355 [358]).

La omisión sólo puede ser entendida como realización de la posibilidad de reacción que se le presenta a la persona de acuerdo con su naturaleza, si puede ser afirmada con carácter general la capacidad para emprender la acción esperada mediante la puesta en acción de la finalidad. Por este motivo, la **capacidad general de acción** pertenece ya al concepto de omisión en el sentido de un “com-

³⁴ En el mismo sentido habla *Kindhäuser*, GA 1982, pág. 495 de la “posibilidad de control” como característica de la acción.

³⁵ Por el contrario, no constituye reflejo corporal alguno la reacción equivocada del conductor de un vehículo que surge repentinamente como consecuencia de una situación de peligro, pues esta circunstancia es dominable si se posee la experiencia suficiente; vid. sobre ello OLG Frankfurt VRS 28, 364 y *Franzheim*, NJW 1965, pág. 2000. Igualmente debe afirmarse la existencia de una acción cuando el conductor del vehículo realiza una maniobra incontrolada de desviación, al chocar un insecto contra su ojo y provocar de este modo un accidente; vid. OLG Hamm JZ 1974, pág. 716. Sin embargo, *Spiegel*, DAR 1968, pág. 290 reconoce la posibilidad de una “total incapacidad de acción”.

portamiento” con trascendencia social. Sin embargo, el examen de la capacidad de acción no puede situarse sobre las cualidades personales del individuo en el caso concreto, pues a través del concepto de acción debe ser delimitado aquel ámbito de la conducta humana que *generalmente* se plantea en la imputación penal, de ahí que a la definición de la omisión le deba servir de base la capacidad general de acción. De acuerdo con ello, puede hablarse entonces de una omisión en el sentido del concepto de acción, cuando pueda afirmarse que *otra persona*, situada en el lugar del “autor” a quien hay que imaginar en plena posesión de los conocimientos y capacidades requeridos en la correspondiente situación, habría estado en condiciones de emprender la acción esperada³⁶.

Ejemplos: Los habitantes de Berlín no han omitido el salvamento de un esquiador acuático que se ahoga en un campeonato celebrado en el “Bodensee” a pesar de que han sido testigos del infortunio por televisión. No obstante, sí lo hace el nadador que encontrándose en la orilla omite el rescate aún cuando la prestación del auxilio estuviera por encima de sus propias fuerzas. En cambio, hay que negar la omisión por parte de los amigos del que se ahoga si a la vista del suceso pierden la conciencia.

c) Tampoco son acciones en el sentido del Derecho penal las múltiples actividades que se desarrollan por parte de las **agrupaciones de personas** (vid. *infra* § 23 VII).

d) Finalmente, el requisito de una manifestación externa del comportamiento excluye del concepto de acción todos aquellos *sucesos* que tienen lugar exclusivamente *en el interior de la persona* (por ejemplo, ideas y sentimientos). Esto es también válido incluso para el caso de que tales procesos puedan ser detectados a través de métodos psicológicos (“cogitationis poenam nemo patitur”, Dig. 48, 19, 18)³⁷.

3. La función del concepto de acción se agota en caracterizar y delimitar *internamente* el ámbito que generalmente se cuestiona para la imputación penal³⁸.

³⁶ Vid. *Maihofer*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 177. Por el contrario, la mayoría de las veces se tiene en cuenta la capacidad *individual* para el concepto de omisión; vid. *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núms. 142 ss. antes del § 13; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil I § 46 núm. 49; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 2 antes del § 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1031; *Nowakowski*, JBl 1972, págs. 21 ss. y *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 15 antes del § 2.

³⁷ *Maiwald*, ZStW 86 (1974) pág. 642, apoya especialmente en este punto la necesidad de que sea concebido un concepto penal de acción. Sobre el significado del pasaje del Digesto para la teoría de la tentativa de los glosadores vid. *Glöckner*, Cogitationis poenam nemo patitur, 1989.

³⁸ Se trata, por tanto, de algo más que una simple “regulación del uso del lenguaje” como piensa *Klug*, Emge-Festschrift pág. 40. Y es que las categorías de la finalidad, de la posibilidad de dirección, de la expectativa y del efecto sobre el entorno, dan a conocer mucho mejor lo que quiere significarse con el concepto de acción.

Ahí reside también su **valor sistemático**. Por el contrario, del concepto de acción social no pueden ser deducidas consecuencias para la estructura de los conceptos de la antijuricidad y culpabilidad. El marco de ambos elementos materiales de la estructura del delito es en realidad trazado por el concepto de acción en su sentido más amplio, pero su desarrollo *interno* se consigue de acuerdo con criterios específicamente jurídico-penales.

VII. Sanciones contra personas jurídicas y asociaciones de personas

Achenbach, Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 545; *Ackermann*, Die Strafbarkeit juristischer Personen usw., 1984; *Brender*, Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1989; *Brickey*, Corporate and White Collar Crimes, 1990; *Busch*, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933; *Cohen*, Corporate Crime and Punishment, American Criminal Law Review 26 (1989) pág. 605; *Dannecker*, Die Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen, MSchrKrim 1991, pág. 268; *el mismo*, Strafrecht der EG, en: *Eser/Huber* (Edrs.), Strafrechtsentwicklung in Europa, Tomo 4 / 3, 1995, pág. 1965; *Dannecker/Fischer/Fritsch*, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989; *Ehrhardt* Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994; *Engisch*, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. DJT, Tomo II, 1953, p. E 7; *Foerschler*, Corporate Criminal Intent, California Law Review 78 (1990) pág. 1287; *Göhler* Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, págs. 583 y 613; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen, ZStW Beiheft Budapest 1978, pág. 100; *Hartung*, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. DJT, Tomo II, 1953, p. E 43; *Heinitz*, Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen? Verhandlungen des 40. DJT, Tomo I, 1953, pág. 67; *el mismo*, Der Ausbau des Strafsystems, ZStW 65 (1953) pág. 26; *Hirsch*, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993; *Huss*, Die Strafbarkeit der juristischen Personen, ZStW 90 (1978) pág. 237; *Jescheck*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personenverbände, ZStW 65 (1953) pág. 210; *el mismo*, Die Behandlung der Personenverbände im Strafrecht, SchwZStr 70 (1955) pág. 243; *el mismo*, Das niederländische StGB im internationalen Zusammenhang, en: *van Dijk y otros* (Edrs.), Criminal Law in Action, 1986, pág. 5; *Lampe*, Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW 106 (1994) pág. 683; *Lange*, Zur Strafbarkeit von Personenverbänden, JZ 1952, pág. 261; *Lang-Hinrichsen*, "Verbandsunrecht". Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 49; *Müller-Gugenberger* (Ed.), Wirtschaftsstrafrecht, 2.^a Ed. 1992; *Otto*, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993; *Pohl-Sichterhmann*, Geldbuße gegen Verbände, 1974; *Riebenfeld*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden, Jahrbuch der Basler Juristenfakultät 1934, pág. 232; *Rogall*, Dogmatische und kriminalpolitische

Probleme der Aufsichtspflichtverletzung, ZStW 98 (1986) pág. 573; *Rotberg*, Für Strafe gegen Verbände, DJT-Festschrift, Tomo II, 1960, pág. 193; *Schaffmeister*, Das niederländische Wirtschaftsstrafgesetz, ZStW 85 (1973) pág. 782; *R. Schmitt*, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *el mismo*, Die Bedeutung der "Besonderen persönlichen Merkmale" für die strafrechtliche Teilnehmer— und Vertreterhaftung, Jura 1980, págs. 354 y 568; *el mismo*, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, pág. 41; *Schünemann/Suárez González* (Edrs.), Madrid-Symposium für K. Tiedemann, 1994; *Schwander*, Der Einfluß der Fiktions- und Realitätstheorie auf die Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen, Festgabe für M. Gutzwiller, 1959, pág. 603; *Seiler*, Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, 1967; *Sieber*, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 957; *Stratenwerth*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung? Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 295; *Tiedemann*, Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. WiKG, NJW 1988, pág. 1169; *el mismo*, Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen, en: *Eser/Thormundsson* (Edrs.), Old Ways and New Needs in Criminal Legislation, 1989, pág. 157; *el mismo*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, p. 23; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1411; *el mismo*, Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiet des Agrarmarkts der EWG, Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, pág. 114; *Torringa*, Strafbaarheid van rechtspersonen, 1984; *Volk*, Zur Bestrafung von Unternehmen, JZ 1993, pág. 429; *v. Weber*, Über die Strafbarkeit juristischer Personen, GA 1954, 237.

1. El Derecho alemán vigente no conoce de **ninguna punibilidad de personas jurídicas y asociaciones de personas**.

Sin embargo, la *Historia del Derecho* ofrece en esta cuestión una imagen muy cambiante³⁹. Mientras que en Derecho Romano, aunque con limitaciones, ha regido el principio "societas delinquere non potest", la punibilidad de agrupaciones de personas era bien conocida para el Derecho germano, el italiano-medieval y el común. Sólo en el cambio del siglo XVIII al XIX se produjo el cambio repentino en virtud del cual sólo los individuos estaban sometidos al Derecho penal⁴⁰. Para ello fueron decisivos argumentos

³⁹ Al respecto, vid. *R. Schmitt*, Maßnahmen gegen Verbände págs. 16 ss.; *Heinitz*, Verhandlungen Tomo I págs. 67 ss.

⁴⁰ En este sentido se pronuncia la doctrina dominante, vid. *Engisch*, Verhandlungen Tomo II págs. E 7 ss.; *Hartung*, ibidem págs. E 43 ss.; *Heinitz*, ZStW 65 (1953) pág. 51; *Jescheck*, SchwZStr 70 (1955) pág. 243; *Lange*, JZ 1952, pág. 261; *R. Schmitt*, Maßnahmen gegen Verbände págs. 178 ss., especialmente en pág. 199; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 15 núm. 8; *Roxin*, Allg. Teil I § 8 núms. 55 ss.; *Müller-Gugenberger*, Wirtschaftsstrafrecht § 19 núms. 41 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 195 ss. Igualmente, desde la RG 16, 121 (123) existe jurisprudencia constante; vid. también

dogmáticos y político-criminales de mucha mayor importancia que la discusión acerca de la “naturaleza” de la persona jurídica (teoría de la ficción o teoría de la realidad)⁴¹.

Las personas jurídicas y las asociaciones de personas sólo tienen capacidad de actuar por medio de sus órganos por lo que no pueden ser castigadas por sí mismas. Además, frente a ellas la desaprobación ético-social que reside en la pena no posee ningún sentido, porque un reproche culpabilístico sólo puede alzarse frente a personas individuales responsables y no frente a miembros que permanecieron inactivos o a una masa patrimonial. La punibilidad de colectivos de personas es incompatible con la estructura teórica del Derecho penal alemán, especialmente con los conceptos de acción y de culpabilidad. Para la imputación penal de comportamientos corporativos deberían ser introducidas “otras reglas y categorías”⁴². Pero este paso no resulta necesario. El legítimo objetivo político-criminal de que los entes colectivos con patrimonios jurídicamente autónomos pierdan los beneficios obtenidos a través de los delitos cometidos por sus órganos, debe y puede ser alcanzado de un modo distinto al de la pena (comiso, pérdida de la ganancia y retirada del sobreprecio). Por el contrario, el problema global es tratado en el Derecho extranjero de un modo más pragmático que en el alemán, por lo que en el primero la pena destinada a entes colectivos está prevista con frecuencia por parecer apropiada⁴³.

la BGH 3, 130 (132). Refiriéndose exclusivamente al derecho de ocupación BGH 5, 28 (32) con comentario crítico de *Bruns*, JZ 1954, pág. 251 y *Heinitz*, JR 1954, pág. 67. A favor de la penas para colectivos *M. E. Mayer*, Lehrbuch págs. 96 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 156; *Busch*, Grundfragen págs. 89 ss.; *v. Weber*, GA 1954, pág. 237; *Baurnann/Weber*, Allg. Teil pág. 196; *Jakobs*, Allg. Teil 6/44 ss.; *Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz págs. 25 ss.; *Ackermann*, Strafbarkeit juristischer Personen págs. 236 ss.; *Rotberg*, DJT-Festschrift Tomo II págs. 194 ss.; *Hirsch*, Personenverbände págs. 21 ss.; *Stratenwerth*, R. Schmitt-Festschrift pág. 307; *AK (Marxen)* § 14 núm. 11; *Lampe*, ZStW 106 (1994) págs. 722 ss.

⁴¹ Sobre ello vid. *Schwander*, Gutzwiller-Festgabe págs. 608 ss.

⁴² Así, *Volk*, JZ 1993, pág. 435; de modo similar, *Hirsch*, Personenverbände págs. 23 ss.; *Stratenwerth*, R. Schmitt-Festschrift págs. 297 ss.; *Otto*, Strafbarkeit von Unternehmen pág. 22.

⁴³ En el extranjero existen verdaderas penas dirigidas a colectivos, sobre todo en Inglaterra y en los EE.UU, mientras que otros países se limitan en su mayoría a los delitos contra la Administración Pública; vid. *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 360 ss.; *Cohen*, American Criminal Law Review 1989, pág. 605; *Brickley*, Corporate and White Collar Crimes, 1990; *Foerschler*, California Law Review 1990, pág. 1287; *Volk*, JZ 1993, pág. 431 nota a pie núm. 14; *Huss*, ZStW 90 (1978) págs. 237 ss. (en relación con Luxemburgo, Francia y Bélgica); *Jescheck*, ZStW 65 (1953) pág. 210. En el Código penal francés de 1994, en su art. 121-2 ha sido introducida la punibilidad de las personas jurídicas; sobre ello vid. *Desportes/Le Gunehec*, Présentation núms. 28 ss. („innovation essentielle du nouveau code”); *Pradel*, Le nouveau Code pénal págs. 101 ss. („nouveauauté principale”). En relación con la introducción de la pena a entes colectivos en los

2. Cuando también el Derecho alemán rechaza la pena criminal frente a personas jurídicas lo hace porque desde tiempo atrás existen **sanciones administrativas contra entes colectivos**⁴⁴. De un significado especialmente práctico es la posibilidad, de conformidad con el § 30 OWiG, de imponer una sanción pecuniaria a dichas entidades (¿de hasta un millón de DM!) cuando alguien, como órgano legítimo de representación de una persona jurídica o como miembro del mismo (por ejemplo, como gerente de una GmbH), como director de una asociación sin capacidad jurídica o como miembro de su dirección, como socio que ostenta la representación legítima de una sociedad mercantil personalista (vgr., de una OHG), como apoderado general o singular, o como procurador que ocupa una posición directiva de un ente de esta naturaleza, haya cometido un delito o una infracción administrativa mediante la lesión de los deberes de la entidad o habiendo o debiendo haber conseguido un enriquecimiento de ésta. Especialmente, de acuerdo con el § 130 OWiG, también entra en juego la infracción del deber de vigilancia como fundamento de la sanción pecuniaria al ente colectivo (BGH NStZ 1986, pág. 79). Ésta es también admisible aunque a causa del hecho no se haya iniciado o se haya archivado un proceso penal o administrativo-sancionador, o cuando se prescinda de la pena (**procedimiento autónomo en la imposición de una sanción administrativa pecuniaria**)⁴⁵; el régimen señalado no rige cuando el delito o la infracción administrativa no pueden ser perseguidos por motivos

Países Bajos *Hazewinkel-Suringa/Rommelink*, Inleiding págs. 135 ss.; *Jescheck*, Das niederländische StGB págs. 15 ss.; *Torringa*, Strafbaarheid van rechtspersonen, 1984; *Schaffmeister*, ZStW 85 (1973) págs. 801 ss. Bélgica sólo conoce una responsabilidad penal de los órganos; vgl. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 295 y 408. En Suiza *Riebenfeld*, Basler Jahrbuch 1934, pág. 234 ya recomendó la pena contra las comunidades (a diferencia de las sociedades); el anteproyecto suizo de *Schultz* de 1985 la rechazó. Una comisión de expertos del Consejo de Europa recomendó su introducción (Council of Europe. European Committee on Crime Problems, PC-R-CI [87] 5 de 18.12.1987). Sobre el Derecho extranjero vid., además, *Delmas-Marty* (Francia), *Doelder* (Países Bajos), *Greve* (Dinamarca), *Rostad* (Noruega), *Zugaldía Espinar* (España) en: *Schünemann/Suárez González* (Edrs.), Madrid-Symposium, 1994, págs. 305 ss.

⁴⁴ La praxis ya había impuesto sanciones administrativas frente a personas jurídicas y asociaciones de personas de acuerdo con el § 17 VO sobre el Abuso de Posición Económica de Poder de 1923 (RGBl. I pág. 1067). En el Derecho regulador de los precios y el consumo de la Segunda Guerra Mundial se habían previsto expresamente sanciones administrativas contra colectivos. Sobre su historia vid. *Tiedermann*, Strafbarkeit und Bußgeldhaftung págs. 158 ss.; *Göhler*, nota preliminar núm. 3 antes del § 29a OWiG; en relación con la OWiG vigente vid. *el mismo*, JZ 1968, págs. 590 ss. y Deutsche Landesreferate págs. 106 ss. Sobre su evolución más moderna de acuerdo con la 2. WiKG *el mismo*, nota preliminar núm. 14 antes del § 29a OWiG.

⁴⁵ Así, *Tiedemann*, NJW 1988, págs. 1171 ss.; *Müller-Gugenberger*, Wirtschaftsstrafrecht, § 19 núm. 46, quien se muestra un acuerdo cauteloso con este desarrollo en § 19 núms. 53 ss.; *AK (Marxen)* § 14 núm. 13; *Brender*, Verbandstäterschaft pág. 130.

jurídicos (§ 30 IV OWiG). La misión de esta multa administrativa, a través de la sanción que afecta a la propia entidad colectiva, debe ser la de hacer frente de un modo eficaz a los hechos punibles e infracciones administrativas que han sido cometidos “en interés” de la corporación, así como gravar los beneficios que su comisión pudo suponer para ésta (vid. §§ 30 III, 17 IV OWiG).

3. Sin embargo, la sanción pecuniaria administrativa contra entes colectivos como sanción autónoma derivada de la imputación a un órgano de un delito o infracción administrativa, y sometida a una “culpabilidad por la organización”, está tan poco justificada como la pena misma, porque también aquélla presupone una culpabilidad personal y expresa un juicio de desvalor⁴⁶. Y así, la multa administrativa sólo resulta defendible frente a personas naturales, pues su imposición no puede ser fácilmente añadida a la pena individual o sustituir ésta, si es que no se quiere quedar expuesto al reproche por un “fraude de etiquetas”. El gravamen del beneficio está asegurado por la articulación de una cláusula de representación en el § 73 III y por la disposición especial para los órganos en el § 75 StGB y los §§ 29 y 29 a OWiG respecto al comiso y la pérdida de las ganancias (vid. *infra* § 76 I 2b, II 3c). Si las multas penales o administrativas impuestas a los órganos de la corporación y fijadas de acuerdo con sus circunstancias patrimoniales no poseen fuerza intimidatoria suficiente, entonces deberían ser impuestas penas de prisión para combatir adecuadamente la criminalidad asociativa⁴⁷. La propia cuestión relativa a los criterios según los cuales debe ser determinada la cuantía de la multa administrativa contra la entidad, difícilmente encontrará una respuesta satisfactoria⁴⁸. Especialmente dudosa es la fijación autónoma de la multa administrativa de acuerdo con el § 30 IV OWiG (vid. al respecto el caso resuelto por la OLG Hamm JR 1971, pág. 383 con comentario de Göhler), así como la acumulación de la sanción al ente colectivo y el castigo individual del órgano cuando éste ha colaborado financieramente con aquél. Inobjectables resultan, por el contrario, la responsabilidad del órgano y del representante (vid. *infra* § 23 VIII) y el tipo que previene una multa administrativa por la infracción del deber de vigilancia en servicios y empresas (§ 130 OWiG)⁴⁹.

⁴⁶ Igualmente, R. Schmitt, *Ordnungswidrigkeitenrecht* pág. 28; Maurach/Zipf, *Allg. Teil I* § 15 núm. 5. Crítico también Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht* págs. 146 ss. y 204; asimismo, en profundidad, Pohl-Sichtermann, *Geldbuße* págs. 45 ss. Göhler, nota preliminar núm. 12 antes del § 29a OWiG quiere aplicar de modo correlativo el § 31 BGB. Schünemann, *Unternehmenskriminalität* págs. 232 ss. y wistra 1982, págs. 49 ss., defiende la admisión de las multas administrativas a los entes colectivos únicamente como “medidas jurídico-penales para situaciones de necesidad”, que sólo resulten aplicables cuando no pueda comprobarse quién ha sido el autor del hecho.

⁴⁷ Igualmente, Roxin *Allg. Teil I* § 8 núm. 56; Lang-Hinrichsen, H. Mayer-Festschrift págs. 64 ss.; Seiler, *Personenverbände* págs. 211 ss., 241 ss.; Schmidhäuser, *Allg. Teil* pág. 196 nota a pie núm. 2.

⁴⁸ Sobre ello vid. Göhler, § 30 OWiG núm. 36; KK OWiG (Cramer) § 30 núms. 123 ss.

⁴⁹ Al respecto vid. Rogall, ZStW 98 (1986) págs. 573 ss. (de acuerdo en cuanto al resultado,

4. También en Derecho económico europeo existe un **poder económico-sancinador de la Unión Europea** que se dirige inmediatamente contra las empresas sin consideración a su forma jurídica, con lo que a éstas no sólo se les hace responsables por las acciones de sus órganos sino también por las de todas las personas a su cargo⁵⁰. Esta competencia sancionadora descansa, de un lado, en el Tratado fundacional de la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero del año 1951⁵¹ y, de otro, en el art. 87 del Tratado fundacional de la Comunidad Económica Europea del año 1957, destinado a la protección de la competencia⁵². Además, del art. 40 III, 172 del Tratado, se deduce una amplia competencia de la Unión Europea para la imposición de sanciones pecuniarias a las empresas en el ámbito agrario y pesquero (vid. *supra* § 18 VII 3d)⁵³.

VIII. La actuación en nombre de otro (responsabilidad de órganos y representantes)

Blauth, "Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht, 1968; *Bruns*, Können Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechts güter Dritter verletzt, bestraft werden? Strafr. Abh. Heft 295, 1931; *el mismo*, Über Organ-und Vertreterhaftung im Strafrecht, JZ 1954, pág. 12; *el mismo*, Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, JZ 1958, pág. 461; *el mismo*, Grundprobleme der strafrechtlichen Organ-und Vertreterhaftung, GA 1982, pág. 1; *el mismo*, Die sog. "tatsächliche" Betrachtungsweise im Strafrecht, JR 1984, pág. 133; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Gracia Martín*, El actuar en lugar de otro en derecho penal, 1985; *Marxen*, Die strafrechtliche Organ-und Vertreterhaftung usw., JZ 1988, pág. 286; *Müller-Gugenberger* (Ed.), Wirtschaftsstrafrecht, 2.^a

vid. págs. 620 ss.); *Schünemann*, wistra 1982, págs. 47ss. (en desacuerdo). Sobre la imponderable regulación de las sanciones contra las empresas en el StGB y OWiG *Achenbach*, Stree-Wessels-Festschrift págs. 545 ss.

⁵⁰ *Tiedemann*, NJW 1993, pág. 30; *Dannecker/Fischer-Fritsch*, EG-Kartellrecht págs. 345 ss.; *Dannecker*, Strafrecht der EG págs. 2054 ss.

⁵¹ Con más detenimiento sobre esta cuestión, *Jescheck*, ZStW 65 (1953) págs. 502 ss.

⁵² Para *Dannecker*, MSchrKrim 1991, pág. 289 las multas que impone la Comisión Europea frente a las empresas por infracciones de la competencia poseen "claramente un carácter jurídico-penal", lo que sin embargo resulta sumamente discutible por el hecho de que aquel órgano no posee competencia penal alguna.

⁵³ *Tiedemann*, Pfeiffer-Festschrift págs. 114 ss. En contra, con razón, *Sieber*, ZStW 103 (1991) pág. 972. En una adaptación del Derecho de la CE, *Otto*, Strafbarkeit von Unternehmen págs. 29 ss., quiere fundamentar la responsabilidad administrativa de las empresas, de acuerdo con la regulación alemana contenida en la OWiG, sobre la "culpa por la organización que resulta imputable a la empresa o ente colectivo".

Ed. 1992; *Rimmelspacher*, Strafrechtliche Organ-, Vertreter- und Verwalterhaftung usw., JZ 1967, págs. 472 y 700; *R. Schmitt*, Die strafrechtliche Organ- und Vertreterhaftung, JZ 1967, pág. 698; 1968, pág. 123; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *el mismo*, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, pág. 41; *Tiedemann*, Literaturbericht Nebenstrafrecht, ZStW 83 (1971) pág. 792; *Wiesener*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vertretern und Organen, 1971.

1. No son pocas las disposiciones penales que, por su redacción, sólo se plantean en relación al autor y muestran **elementos personales**. Aquéllas se encuentran sobre todo en Derecho penal especial pues en determinados sectores el legislador a menudo debe imponer normas sancionadoras de carácter penal que, por su naturaleza, pueden afectar sólo a quienes pertenecen a un determinado círculo de personas (por ejemplo, empleadores, fabricantes, empresarios). Pero también el Derecho penal común conoce supuestos de este tipo (vgl., §§ 266, 283 ss., 284, 286, 288, 290, 323)⁵⁴. En estos casos existe el peligro de que se intenten evitar las consecuencias derivadas de la amenaza penal, si la persona cualificada por el tipo como autor no actúa por sí mismo sino a través de otro.

Ejemplos: Quien como gerente de una sociedad con responsabilidad limitada sobre la que pesa un procedimiento ejecutivo frustraba éste mediante el alzamiento patrimonial de los bienes de la sociedad, no podía ser castigado anteriormente por el § 288 por no ser él sino la sociedad misma quien ostentaba la condición de deudor (RG 16, 21 [24]; 60, 234). Por el contrario, en Derecho penal especial la jurisprudencia también ha procedido en parte a interpretar ampliamente y por sí misma algunos tipos penales que contenían elementos personales especiales. Y así, el director de una mina fue castigado como “industrial” por la infracción de las disposiciones destinadas a la protección juvenil de acuerdo con el § 151 I 2 GewO (posteriormente derogado) (RG 33, 261 [265]), y el gerente de una sociedad con responsabilidad limitada fue considerado como “comisionista” en el sentido del § 95 I núm. 2 BörsG (BGH 11, 102 [105]). Una regulación positiva de la responsabilidad de los órganos y representantes se contenía hasta ahora en el § 244 KO en su anterior redacción y en el § 151 I 1 GewO también en su anterior redacción (BGH 8, 139; 9, 67)⁵⁵.

⁵⁴ En la actualidad, las referencias del texto original a los §§ 286 y 323 StGB deben entenderse realizadas, respectivamente, a los §§ 287 y 319 (N del T).

⁵⁵ Hasta la actual situación jurídica y sobre su reforma vid. *Bruns*, Organe juristischer Personen págs. 84 ss.; *el mismo*, JZ 1954, págs. 12 ss.; además, Niederschriften Tomo IV págs. 312 ss. Sobre su evolución histórica *AK (Marxen)* § 14 núm. 6. Profundizando en esta cuestión y en relación al nuevo art. 15 bis del Código penal español, *Gracia Martín*, El actuar en lugar de otro, 1985 (lógicamente, esta última referencia debe entenderse realizada al art. 31 del Código penal español de 1995, N del T).

2. El § 14 (así como el § 9 OWiG) impide fraudes de este tipo al regular las condiciones por las que a un autor le son imputadas las características personales de otro⁵⁶. El precepto distingue dos grupos de autores: el **representante** y los **encargados**. El apartado primero de esta disposición penal extiende la aplicación de todas las normas penales en las que la punibilidad aparezca fundamentada por la presencia de elementos personales especiales, a los órganos de representación legítima de una persona jurídica (por ejemplo, la junta directiva de una asociación inscrita), a los miembros de tales órganos (vgr., al miembro del consejo de administración de una sociedad anónima), a los socios que ostentan la representación legítima de una sociedad mercantil personalista (por ejemplo, el socio personalmente responsable de una sociedad comanditaria) y a los representantes legales de otro (vgr., los padres o el síndico de una quiebra), siempre que actúen en virtud de su cualidad correspondiente y los elementos personales especiales no concurren en ellos y sí en la entidad o persona a quien representan (vid. el caso del alzamiento de bienes cometido por el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada). Frente a su literalidad, por “elementos personales especiales” sólo pueden ser entendidos aquellos caracteres referidos al autor que delimitan al círculo de sujetos activos en virtud de su *función social* y de la responsabilidad que emana de ésta (por ejemplo, la condición de deudor, empresario, personas vinculadas por un deber de fidelidad, organizadores de juegos de azar). Por el contrario, el § 14 no se refiere a los “elementos de alto contenido personal” en el sentido del § 28 (vid. *infra* § 61 VII 4 a), porque precisamente éstos no pueden perjudicar al representante si no concurren en él⁵⁷. El autor debe haber actuado en su cualidad de órgano o representante.

⁵⁶ De acuerdo Gallas, ZStW 80 (1968) págs. 20 ss. Sin embargo, el precepto se discute técnica y político-criminalmente; vid. las referencias incluidas en Schönke/Schröder/Lenckner, § 14 núm. 3; AK (Marxen) § 14 núms. 8 ss. Acerca del peligro de la delegación de deberes por parte de la cúpula de la entidad colectiva a los representantes Marxen, JZ 1988, págs. 290 ss. Sobre la cuestión relativa a la solución del problema en la Parte Especial vid. la discusión entre Rimmelpacher, JZ 1967, págs. 472 ss., JZ 1967, 700 ss. y R. Schmitt, JZ 1967, págs. 698 ss., JZ 1968, págs. 123 ss. Considerando la responsabilidad de los órganos y representantes como un problema de la interpretación de los tipos Wiesener, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit págs. 185 ss.; por ello este autor viene a considerar, por una parte, que el § 14 resulta superfluo pero, por otra, también lo califica de demasiado restringido. Profundizando en el § 14 Schmid, en: Müller-Gugenberger (Ed.), § 25 núms. 20 ss.

⁵⁷ En este sentido, sobre todo, Blauth, Handeln für einen anderen págs. 52 ss., 92 ss., 109 ss. y Gallas, ZStW 80 (1968) págs. 21 ss. La doctrina dominante se ha adherido a esta tesis; vid. Dreher/Tröndle, § 14 núm. 2; Lackner, § 14 núm. 9; R. Schmitt, JZ 1968, págs. 124 ss.; SK (Samson) § 14 núms. 9 ss.; Tiedemann, ZStW 83 (1971) pág. 807; AK (Marxen) § 14 núm. 24. Profundizando en las consecuencias de la distinción entre elementos personales especiales bene-

3. Del mismo modo, el § 14 II extiende la aplicación de los tipos penales a los **encargados de establecimientos, empresas y Administraciones públicas** (§ 14 II 3) a los que se les ha confiado total o parcialmente su dirección (apoderados generales o directores de filiales), o a los que tengan que cumplir bajo su responsabilidad deberes oficiales que correspondan al director (vgr., el director de un servicio municipal de coches). El motivo de esta dilatación de los tipos a través de una cláusula general, que no resulta objetable desde el punto de vista del mandato de determinación (vid. *supra* § 15 III 3), reside en que la moderna división del trabajo en la economía y en la Administración obliga frecuentemente al titular del establecimiento o al director de un organismo administrativo a delegar la responsabilidad en el cumplimiento de deberes sancionados penalmente, por lo que en tales casos también el representante debe ser hecho responsable. Por el contrario, no sería recomendable la extensión del § 14 a *todos* los supuestos de actuación en nombre de otro ya que esto conduciría a una expansión ilimitada de los tipos de imprevisibles consecuencias⁵⁸. Naturalmente que el § 14 III se conforma con relaciones de representación o mandato de carácter fáctico.

Para los gerentes “de hecho” de una sociedad de responsabilidad limitada rigen de modo inmediato las obligaciones establecidas de acuerdo con los §§ 64 y 84 de la GmbHGes.; aquí no puede recurrirse al § 14 (BGH 31, 118 [122 ss.]). Desde luego que en todos los casos en los que el actuante ya es destinatario de la norma, no puede ser aplicado el § 14 con sus presupuestos adicionales⁵⁹.

4. La **responsabilidad penal o administrativa (§ 130 OWiG) del representado, del titular de la empresa o del director del organismo administrativo** sigue subsistiendo⁶⁰. Esto tiene un significado práctico sobre todo para el caso

fciosos según el § 28 II y tales elementos *perjudiciales* de acuerdo con el § 14, Schönke/Schröder/Lenckner, § 14 núms. 8 ss. („clásico ejemplo de la relatividad de los conceptos jurídicos “); LK (10.^a) (Roxin) § 14 núms. 15 ss.; LK (11.^a) (Schünemann) § 14 núm. 9. Demasiado restringidamente ve Schünemann, Jura 1980, pág. 577, Unternehmenskriminalität págs. 137 ss. y wistra 1982, 46 ss. en la responsabilidad del representante un “caso ordinario de asunción de la posición de garante”. Presumiblemente en el Derecho administrativo no debe surgir este problema; vid. Göhler, § 9 OWiG núm. 6; KK OWiG (Cramer) § 9 núm. 13.

⁵⁸ Por el contrario, defienden una extensión *general* en los casos de representación voluntaria Bruns, JZ 1958, pág. 464; R. Schmitt, JZ 1968, pág. 124; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht pág. 203. También Wiesener, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit págs. 185 ss. reprende la limitación del § 14 II a los casos de representación voluntaria en el marco de una empresa, etc., y propone la “asunción de una posición de deber” (págs. 189 ss.).

⁵⁹ Bruns, GA 1982, págs. 22 ss.; *el mismo*, JR 1984, págs. 133 ss.

⁶⁰ LK (10.^a) (Roxin) § 14 núm. 43 con referencias adicionales; LK (11.^a) (Schünemann) § 14 núm. 65.

en el que alguno de ellos, frente a la actuación infractora del deber por parte del representante o mandatario cuya existencia conocía o debía haber conocido, haya llevado a cabo una omisión punible por ser garante del ejercicio regular de su actividad.

Capítulo 2: El delito de comisión dolosa

El Derecho penal conoce *tres formas básicas de acción punible*: el delito de comisión dolosa, el delito de comisión imprudente y el delito de omisión (doloso o imprudente). Mientras que el concepto de acción comprende a todas las modalidades de comportamiento penalmente relevantes (vid. *supra* § 23 VI 1), los tres grupos se diferencian considerablemente en el tipo de injusto y en los elementos de la culpabilidad. Su desglose, pues, debe ser llevado a cabo en tres partes. El capítulo que se desarrolla a continuación se ocupa del tipo, la antijuricidad y la culpabilidad en los **delitos de comisión dolosa como caso modelo de la acción punible**. Las especialidades que rigen en el delito de comisión imprudente y para el delito de omisión doloso o imprudente serán expuestas en el capítulo tercero sobre el trasfondo del delito de comisión dolosa.

Sección 1.^a: La antijuricidad

La solución de un caso penal comienza con la subsunción de los hechos en los elementos del tipo contenido en la disposición penal correspondiente. En conexión con ello será examinado si la antijuricidad de la acción típica está excluida por la concurrencia de una causa de justificación. Pero una comprobación *positiva* de la antijuricidad del hecho en absoluto tiene lugar en la *praxis*. Ello se explica porque la comprobación de si una conducta cumple con un determinado tipo penal se limita a la cuestión de la antijuricidad: dado que los tipos describen el injusto típico, cuando el autor ha realizado un tipo penal sólo depende de si éste ha actuado en una situación excepcional en la que normalmente está permitida la realización del injusto. Sin embargo, la *teoría del Derecho penal* también debe dar respuesta a la cuestión de qué es lo que significa la **antijuricidad como tal** y cómo se determina su relación con el tipo (Subsección a). Sólo entonces procede discutir sobre el **tipo** como esencia de los elementos del injusto que caracterizan al tipo delictivo (Subsección b). Para terminar se abordarán las **causas de justificación** de las acciones típicas (subsección c).

*Subsección a): La antijuricidad y su relación con el tipo***§ 24 Concepto y esencia de la antijuricidad****I. Antijuricidad formal y material**

Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968; *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; *Engisch*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Heinitz*, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Strafr. Abh. Heft 211, 1926; *el mismo*, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 266; *F. v. Hippel*, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, 1964; *Armin Kaufmann*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 277; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952) pág. 255; *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; *Nagler*, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 339; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *Nowakowski* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975) pág. 539; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGB im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, pág. 236; *Roxin*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, pág. 373; *Würtenberger*, Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 125; *Zipf*, Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 577.

1. La antijuricidad significa "**contradicción con el Derecho**"¹. Ello debe entenderse del siguiente modo: Para la protección de la convivencia de la persona en la comunidad el legislador establece normas de comportamiento vinculantes que se denominan normas jurídicas. Estas últimas o prescriben un hacer positivo que afecta a valores dignos de promoción (por ejemplo, la prestación de auxilio en caso de accidente, § 323 c) o prohíben un comportamiento lesivo de alguno de aquéllos (vgr., la muerte dolosa de una persona, § 212); las normas jurídicas

¹ Así, *Nagler*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 343. Vid., además, *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 24 antes del § 13; *Lackner*, nota preliminar núm. 16 antes del § 13; LK (11.^a) (*Hirsch*), nota preliminar núm. 6 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 48 antes del § 13. Configura un concepto especial de antijuricidad *Günther*, Strafrechtswidrigkeit pág. 247; sin embargo, su concepción de la misma no es otra que la de la tipicidad penal.

consisten, así pues, en mandatos o en prohibiciones². De acuerdo con ello, la esencia de la antijuricidad se divide en que una conducta infringe un deber de acción u omisión contenido en una norma jurídica. Este aspecto es denominado **antijuricidad formal** pues sólo es tomada en cuenta la contradicción de la acción con el mandato normativo. Sin embargo, también la antijuricidad “formalizada” de este modo posee un núcleo material pues a través de cada infracción de una norma es menoscabada la base de confianza que sirve de soporte al Ordenamiento de la comunidad³.

Con frecuencia el significado del concepto del *injusto* es asimilado al de la *antijuricidad*. No obstante, deben diferenciarse ambas nociones. La antijuricidad es la contradicción de la acción con una norma jurídica. El injusto es la acción misma que se valora como antijurídica⁴.

2. Pero la antijuricidad no se agota en la relación entre la acción y la norma sino que también posee un significado *interno* (**antijuricidad material**)⁵. Una acción es antijurídica en un sentido material cuando se atiende al menoscabo del bien jurídico protegido por la norma correspondiente⁶. El aspecto material de la

² Vid. básicamente al respecto *Binding*, Normen Tomo I págs. 108 ss. *Binding* concibió en su Handbuch pág. 155, a las normas como “puros imperativos” y, con ello, al Derecho penal como un mero Derecho sancionador. Lo correcto es, sin embargo, concebir a la norma y a la sanción como una unidad típica para cada sector del Derecho (también para el Derecho civil y el administrativo), porque existe una recíproca relación correlativa entre ambas partes de una disposición.

³ Vid. sobre ello *Otto*, ZStW 87 (1975) pág. 562.

⁴ Para más detalles vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 52; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 11 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 3. El concepto de injusto también es entendido en el sentido de la antijuricidad *material*; así *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 50 antes del § 13; *SK* (*Samson*) nota preliminar núm. 2 antes del § 32; *Engisch*, DJT-Festschrift pág. 402.

⁵ Esta distinción es realizada por muchos autores de un modo diverso al expresado en el texto. La antijuricidad formal es asimilada con el cumplimiento del tipo mientras que se denomina antijuricidad material a la acción típica que no aparece cubierta por una causa de justificación; así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 256. En parte, la distinción también es considerada superflua; vid. *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 24 antes del § 13; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núms. 13 ss. antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 50 antes del § 13; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 87 ss.; *Schultz*, Einführung I pág. 146. Rechazando también esta *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale pág. 344.

⁶ Fue pionero en la distinción entre antijuricidad formal y material v. *Liszt*, Lehrbuch 12./13. Ed., 1903, págs. 140 ss. Profundizando en la historia dogmática *Heinitz*, Problem der materiellen Rechtswidrigkeit págs. 4 ss. Sobre los criterios para una distinción material entre lo justo y lo injusto *F. v. Hippell*, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik págs. 271 ss. En el sentido del texto también *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 24 núm. 20; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núms. 4 ss.

antijuricidad parte de los motivos por los cuales el legislador ha sometido a pena un comportamiento determinado, e indaga si ese hecho concreto es comprendido por el legislador desde tales consideraciones. Además, la expresión “infracción” no hay que entenderla en un sentido naturalístico como perjuicio de un determinado objeto de la acción (por ejemplo, como la muerte de una persona o deterioro de una cosa), sino como la transgresión del valor ideal que debe ser protegido a través de la norma jurídica (*lesión del bien jurídico protegido*). De ahí que la caracterización del hecho punible como “comportamiento socialmente dañoso”⁷ se justifique por el daño a la comunidad que reside en la lesión del bien jurídico protegido⁸.

3. La concepción material de la antijuricidad tiene un **significado práctico** considerable (vid. *supra* § 22 III 2c).

a) La antijuricidad material es, de un lado, el punto de orientación del legislador en la elaboración de los tipos penales⁹ y el pensamiento director de los órganos de persecución cuando buscan la disposición penal aplicable en el caso concreto. El punto de vista de la antijuricidad material permite, además, graduar el injusto de acuerdo con su gravedad para obtener su correspondiente expresión en la determinación de la pena¹⁰. La perspectiva material posibilita, asimismo, la interpretación de los tipos de acuerdo con los fines y valores que les sirven de base.

Ejemplos: En otros tiempos y desde una visión puramente formal pudo ser admitida una malversación de caudales públicos de acuerdo con el § 350 en su redacción anterior, para el supuesto en el que un funcionario público desviaba para fines privados el dinero confiado al servicio público, en la medida en que una disposición oficial no le “permitiera un procedimiento de esta naturaleza con su dinero de caja” (RG 5, 304 [306]; 21, 364 [366]). Igualmente formal es todavía hoy el tratamiento de la intervención médica curativa. Según la jurisprudencia se considera como una lesión corporal que sólo puede ser justificada a través del consentimiento (RG 25, 375; BGH 11, 111). Sin embargo, desde una perspectiva material de las disposiciones relativas a las lesiones se deriva que la

⁷ Así, v. *Liszt/Schmidt*, pág. 176.

⁸ De acuerdo con lo afirmado, *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff pág. 35; *Gra zu Dohna*, Rechtswidrigkeit págs. 38 ss.; *Mezger*, Lehrbuch págs. 197 ss.; *Heinitz*, Eb. Schmidt Festschrift págs. 266 ss.; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe págs. 17ss.; *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre págs. 53 ss.; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I § 8 núm. 15 (incluso en contra de la distinción misma); *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 13 antes del § 3; *Antón Oneca*, Derecho penal pág. 180; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 423 ss. Por el contrario, el “élément matériel” de la doctrina francesa es sencillamente la acción típica; vid. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 170.

⁹ Vid. *Roxin*, JuS 1964, pág. 365 en relación con el § 240.

¹⁰ Vid. *Kern*, ZStW 64 (1952) págs. 262 ss.

intervención médica exitosa ni siquiera realiza los §§ 223 ss., porque aunque en verdad se menoscaba momentáneamente la integridad corporal no se la perjudica en cuanto al resultado al ser ésta restablecida. Pero aún cuando el tratamiento fracasa y, de este modo, aumenta o se agrava el sufrimiento, existe para la doctrina mayoritaria una intervención practicada de acuerdo con las reglas profesionales de actuación y no una lesión corporal al quedar excluido el injusto de la acción por la intención curativa del médico. El tratamiento de la intervención médica practicada sin el consentimiento del paciente no debe ser tratada como una lesión corporal sino como un tratamiento curativo arbitrario (vid. § 162 E 1962; § 110 österr. StGB)¹¹.

b) Una importante consecuencia de la consideración material de la antijuricidad es también la posibilidad de aceptar la justificación de la conducta aunque la Ley no contenga ninguna causa aplicable para ello, si resulta que los fines que el legislador quería alcanzar con la prescripción de la disposición penal deben ceder en el caso concreto frente a intereses de mayor rango.

Ejemplos: Originariamente la aplicación de las causas de justificación se hacía depender de su reconocimiento formal en la Ley (RG 6, 61 [63]). Y así, la justificación de la ruptura del deber de sigilo médico con la finalidad de hacer pública una enfermedad contagiosa, se apoyaba en una disposición de la Ordenanza de los Tribunales de Honor de los médicos que les obligaba al “cumplimiento de su profesión de acuerdo con su conciencia” (RG 38, 62 [64]). Por el contrario, la visión material de la antijuricidad condujo tempranamente al reconocimiento de la *idea de la adecuación social* en el marco del tipo (vid. *infra* § 25 IV) cuando, por ejemplo, un servicio religioso era alterado por el ruido normal de una industria autorizada (RG 37, 150 [151]). El punto final de este desarrollo fue el asentamiento del principio de ponderación de bienes y deberes como *causa de justificación suprallegal* (RG 61, 242 [254]), que en el año 1975 ha sido asumido por la Ley como estado de necesidad justificante (§ 34). Desde que el legislador ha plasmado la idea de la antijuricidad material en el § 34, se plantea la cuestión de si también procede una justificación por la prevalencia de intereses de mayor rango aunque no se cumplan completamente los presupuestos de esa disposición si, por ejemplo, sólo concurre una “situación de necesidad similar”¹². De permitir esto se corre el riesgo de que los límites de la justificación según el § 34 queden diluidos por vagas consideraciones de equidad. Pero como un castigo pierde su sentido cuando el comportamiento del autor no es materialmente antijurídico, también debería quedar abierta la posibilidad de una justificación suprallegal.

¹¹ Más detalladamente sobre la cuestión objeto de discusión *Bockelmann*, *Strafrecht des Arztes* págs. 62 ss.; *Zipf*, *Bockelmann-Festschrift* págs. 577 ss. e *infra* § 34 III 3 a.

¹² Vid. *Günther*, *Strafrechtswidrigkeit* págs. 324 ss. Al respecto, *Armin Kaufmann*, *Klug-Festschrift* Tomo II págs. 291 ss.

De todos modos, debe observarse que una justificación que sea fundamentada sólo sobre consideraciones de tipo material puede poner en peligro la seguridad jurídica¹³. Simples cláusulas generales como: una acción es conforme a Derecho si constituye un “medio justo para un fin justo”¹⁴ o un comportamiento es anti-jurídico si “por su tendencia es más dañino que útil al Estado y sus miembros”¹⁵, no deberían por ello ser nunca utilizadas para la solución del caso concreto pues necesitan de su concreción a través de la exposición de los motivos por los que una acción típica, excepcionalmente, aparece justificada (vid. *infra* § 31 III 3)¹⁶.

II. La norma jurídica como norma de valoración y determinación

Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Tomo I, 1894; v. *Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, DJT-Festschrift, Tomo II, 1960, pág. 49; *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905; *Ebert/Kühl*, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, pág. 225; *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Enschedé/Rüter/Stolwijk*, Beginselen van strafrecht, 6.^a Ed. 1987; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Germann*, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, 1914; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 4 (1913) págs. 129 y 224; *el mismo*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *Husserl*, Recht und Welt, 1964; *G. Jellinek*, Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2.^a Ed. 1908; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2.^a Ed. 1924; *Krauß*, Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand, Diss. Göttingen 1963; *el mismo*, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964) pág. 19; *Krüger* Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969; *Larenz*, Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 150; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924) pág. 207; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung 1966; *Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Festschrift für K. Binding, Tomo II, 1911, pág. 273; *Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951) pág. 287; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Salm*, Das versuchte Verbrechen, 1957; *Schmidhäuser*, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988; *el mismo*, Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht, JZ 1989, págs. 419 ss.; *Seiler*, Die Bedeutung des Handlungsunwertes im

¹³ Vid. *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 34 antes del § 32.

¹⁴ Así, *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit pág. 48.

¹⁵ Así, *Sauer*, Grundlagen pág. 391.

¹⁶ Al respecto, *Würtenberger*, Rittler-Festschrift págs. 132 ss.

Verkehrsstrafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 75; *Stratenwerth*, Handlungs- und Erfolgsunrecht im Strafrecht, SchwZStr 719 (1963) pág. 233; *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung usw., 1981; *Zippelius*, Der Aufbau der modernen Unrechtslehre, 1953.

1. La concepción que se posea acerca de la esencia de la antijuricidad resulta decisiva para una toma de postura en relación con la cuestión de si las proposiciones jurídicas son **normas de valoración, de determinación** o si son ambas. Para un sector de la doctrina la norma jurídica, de acuerdo con la cual se mide la antijuricidad de la acción, es sólo norma de valoración¹⁷. De acuerdo con ello el legislador reglamenta la convivencia de las personas a través de la comprobación, contenida en las normas jurídicas, de cuáles son las situaciones y acontecimientos que se corresponden con la ordenación de la comunidad por él imaginada y cuáles, por el contrario, se oponen a la misma. Y así, ante todo, el Derecho no es otra cosa que una suma de *juicios de valor* con cuyo auxilio se distingue entre un comportamiento que es conforme y otro que es contrario a Derecho. Todas las normas jurídicas son normas objetivas de valoración que posibilitan el enjuiciamiento de la actuación de una persona desde el punto de vista del Ordenamiento de la comunidad. El Derecho no contiene un imperativo dirigido al individuo. Más bien, y de acuerdo con esta teoría, estatuye un “deber ser impersonal” (*Mezger*) que se limita a señalar situaciones y acontecimientos como “deseables” o “indeseables”. De conformidad con esto el “deber ser” “no es otra cosa que la aplicabilidad de la proposición jurídica a la realidad existente”¹⁸. Con ello, también el hecho cometido por un enfermo mental aparece sin más como antijurídico pues, sobre la base de la norma jurídica correspondiente, se valora como la lesión del bien jurídico protegido aunque el autor no pueda ser hecho responsable. Por el contrario, como norma de determinación el Derecho sólo debe aparecer en el ámbito de la *culpabilidad*¹⁹. Sólo aquí se cuestiona si, y

¹⁷ Vid. sobre ello el resumen histórico-dogmático contenido en *Mezger*, GS 89 (1924) págs. 208 ss. En este sentido, *Nagler*, Binding-Festschrift Tomo II págs. 273 ss.; *Mezger*, Lehrbuch pág. 164; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 259; *Bockelmann*, Einführung págs. 24 ss.; *Nowakowski*, ZStW 63 (1951) pág. 288; v. *Listz/Schmidt*, pág. 174.

¹⁸ Así, en adhesión a *Kelsen*, Hauptprobleme págs. 348 ss.; más avanzadamente *Nowakowski*, ZStW 63 (1951) pág. 391.

¹⁹ Así, especialmente, *Goldschmidt*, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 4 (1913) págs. 145, 224 ss. así como en *Frank-Festgabe* Tomo I págs. 433 ss., que junto a la norma jurídica acepta la presencia de una “norma de deber”. Vid., además, *Mezger*, Lehrbuch pág. 166; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 259; *Bockelmann*, Einführung pág. 25; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 24 núm. 16.

en qué medida, la persona pudo realmente dejarse guiar por los juicios de valor contenidos en las proposiciones jurídicas. Según ello, éstas serían sólo normas de determinación en un sentido mediato pues la antijuricidad sólo atendería a su función de valoración.

2. Es preferible sin embargo la opinión opuesta. De acuerdo con la misma el Ordenamiento punitivo consiste en declaraciones de voluntad del legislador que promueven un comportamiento determinado del destinatario de la norma. Sus normas se conciben así como *proposiciones de deber* dirigidas a todos los individuos en las que, en todo caso, se señalan deberes públicos por tratarse de *disposiciones penales*; deben entenderse, pues, como “**imperativos**”²⁰ tal y como también lo hace la comunidad. La misión del Derecho es “instruir de modo correcto el querer interno”²¹ de la persona, antes de que sea cometida una acción que podría ser valorada como antijurídica. Y dado que el Derecho debe *influir* en la comunidad, su función como **norma de determinación** posee una significación preferente. Pero simultáneamente el Derecho tiene también la misión de enjuiciar con posterioridad el comportamiento del autor, lo que conduce a que sea también **norma de valoración**. Según ello las proposiciones jurídicas tienen un *doble* carácter: como imperativo son normas de determinación y como escala para el enjuiciamiento jurídico de la conducta son normas de valoración²².

²⁰ Los fundadores de la teoría imperativista fueron *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht pág. 8 y Juristische Prinzipienlehre Tomo I págs. 26 ss. Actualmente caminan en esta dirección *Engisch*, Einführung, págs. 22ff.; *el mismo*, Gerechtigkeit págs. 29 ss. con las referencias allí contenidas; *Ebert/Kühl*, Jura 1981, pág. 232; *Kühl*, Allg. Teil § 3 núm. 5; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg págs. 53 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 103; *Gallas*, Beiträge págs. 49 ss.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 156 ss.; *Armin Kaufmann*, Normentheorie págs. 123 ss.; *Stratenwerth*, SchwZStr 79 (1963) págs. 247 ss.; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie pág. 85; *Krauß*, ZStW 76 (1964) pág. 34; *Krüger*, Der Adressat págs. 54, 77 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 49 antes del § 13; *Seiler*, Maurach-Festschrift pág. 81; *Wolter*, Zurechnung págs. 25 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 93; *Zippelius*, Aufbau pág. 7; indeciso *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 17 antes del § 3. En el Derecho civil vid. *v. Caemmerer*, DJT-Festschrift Tomo II págs. 127 ss.; *Husserl*, Recht und Welt pág. 118; *Larenz*, Engisch-Festschrift pág. 157.

²¹ *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit pág. 150. De forma similar *Germann*, Versuch pág. 129; *G. Jellinek*, Die sozialetische Bedeutung pág. 60. Según *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht pág. 61 para las normas del Derecho penal rige la siguiente máxima: “De hele strafbepaling richt sich tot de burger”. De modo diverso en relación con el problema del destinatario (sólo los órganos estatales serían los destinatarios de las normas) *Schmidhäuser*, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988; *el mismo*, JZ 1989, págs. 419 ss.

²² Así, *Gallas*, Bockelmann-Festschrift pág. 158; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 34 ss.; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 17 antes del § 3. Comprenden también a la norma como juicio de valor y regla de comportamiento *Enschedé/Rüter/Stolwijk*, Beginselen págs. 3 ss.

Los imperativos de las normas se destinan a *todas* las personas a las que resultan aplicables por su contenido interno. Por este motivo no se lleva a cabo una distinción basada en la edad, salud psíquica y extensión de conocimientos de los destinatarios de la normas. También los niños, los jóvenes y los enfermos mentales están sometidos a las normas jurídicas que respectivamente les afectan, y la experiencia demuestra que por regla general también se determinan materialmente por las normas jurídicas. Sólo por este motivo pueden formar parte de la vida en comunidad dentro de los límites naturales marcados por su edad o situación psíquico-espiritual. Esto comporta la importante consecuencia *práctica* de que las medidas educativas y de seguridad del juez frente a enfermos mentales, jóvenes y niños, no son simples disposiciones de policía destinadas a luchar contra una perturbación del orden público que tiene su origen en una situación peligrosa, sino que son verdaderas sanciones que se conectan a un hecho antijurídico. La consecuencia *teórica* de la tesis de los imperativos es que la **voluntad de la acción** debe ser entendida como el **núcleo principal de la antijuricidad** de un hecho, al ser la *voluntad* humana contraria al precepto jurídico la que infringe el mandato o prohibición impuesto por la norma²³. Esta concepción coincide con el **fin de protección de la norma penal**. Los tipos penales sirven a la protección de determinados bienes jurídicos; pero el peligro para el bien jurídico es por regla general tanto más alto cuanto más intensa resulta la voluntad del autor dirigida contra la prohibición de lesionar aquél que se contiene en la norma²⁴.

No obstante, para la antijuricidad de una acción *no sólo* es decisiva la voluntad que la preside, sino también aquello que aquélla ha originado; y es que para la importancia del injusto se diferencia el modo en el que se manifiesta la voluntad hostil al Derecho y, especialmente, si ha lesionado o no el objeto de la acción protegido por la disposición penal (sobre ello, vid. *infra* § 24 III 1 y 2). Por esta razón la norma jurídica no es sólo **norma de valoración** en atención al desvalor de acción, sino también en relación con el desvalor de resultado²⁵.

²³ Vid. *Krauß*, Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtsstatbestand págs. 32 ss.; *Hardwig*, Zurechnung pág. 142; sobre todo *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 181.

²⁴ Así, *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 22; WK (*Nowakowski*) nota preliminar núm. 10 antes del § 3. *Salm*, Das versuchte Verbrechen págs. 31, 34 y 79, califica a esta relación de "peligro de la voluntad".

²⁵ Así, *Armin Kaufmann*, Normentheorie pág. 76; vid. también *Stratenwerth*, SchwZStr 79 (1963) pág. 248. En contra, *Münzberg*, Verhalten und Erfolg págs. 67 ss., para quien en Derecho penal el resultado no es un elemento independiente de la antijuricidad.

III. El desvalor de acción y de resultado en el injusto

Cerezo Mir, Zur Doppelstellung des Vorsatzes usw., ZStW 93 (1981) pág. 1017; Degener, Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 356; Díez Ripollés, Los elementos subjetivos del iniusto, 1990; Dornseifer, Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg —ein Relikt der Verdachtsstrafe? Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 427; Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 165; *el mismo*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; Figueiredo Dias, Schuld und Persönlichkeit, ZStW 95 (1983) pág. 220; Fukuda, Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente, ZStW 71 (1959) pág. 38; Gallas, Zur Struktur des Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, ZStW 93 (1981) pág. 831; 94 (1982) pág. 239; *el mismo*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswiss. Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, 1989, pág. 399; Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; Hünerfeld, Zum Stand der deutschen Verbrechenslehre usw., ZStW 93 (1981) pág. 979; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; Jescheck, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 473; *el mismo*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 98 (1986) pág. 1; Kadeřka, Gesammelte Aufsätze, 1959; Armin Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1964, pág. 393; Kienapfel, Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich, JZ 1972, pág. 569; Köhler, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; Krauß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964) pág. 19; Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966; *el mismo*, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975) pág. 888; E.-J. Lampe, Das personale Unrecht, 1967; H. Lampe, Über den personalen Unrechtsbegriff im Strafrecht, Diss. Göttingen 1954; Lüderssen, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts, ZStW 85 (1973) pág. 288; *el mismo*, Erfolgszurechnung und "Kriminalisierung", Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 181; Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 141; Mazzacova, Il disvalore di evento nell'illecito penale, 1983; Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924) pág. 207; Moos, Die finale Handlungslehre, Strafrechtl. Probleme 2, pág. 5; *el mismo*, Zum Stand der österreichischen Strafrechtslehre, ZStW 93 (1981) pág. 1023; Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert, 1981; Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; Otto, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975) pág. 539; Paeffgen, Der Verrat in der Annahme eines illegalen Geheimnisses, 1979; Roxin, Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 260; Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift

für R. Maurach, 1972, pág. 51; *Schaffstein*, Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 557; *el mismo*, Putative Rechtfertigungsgründe usw., MDR 1951, pág. 196; *Schöne*, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, Gedächtnisschrift für H. Kaufmann, 1986, pág. 649; *Schöneborn*, Zum "Erfolgsunwert" usw., GA 1981, pág. 70; *Schüler-Springorum*, Der natürliche Vorsatz, MSchrKrim 1973, pág. 363; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft usw., GA 1985, pág. 341; *Schultz*, Literaturanzeigen, SchwZStr 87 (1971) pág. 81; *Silva Sánchez*, Aberratio ictus und objektive Zurechnung, ZStW 101 (1989) pág. 352; *Spendel*, Gegen den Verteidigungswillen usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 245; *Stratenwerth*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, SchwZStr 79 (1963) pág. 233; *el mismo*, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, págs. 177 ss.; *Sudrez Montes*, Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 379; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung usw., 1981; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

1. Al concepto de delito de la Dogmática clásica le sirvió de base la distinción hecha entre una visión puramente objetiva del injusto y una culpabilidad netamente subjetiva. En el ámbito de la antijuricidad únicamente fue valorada la *situación* causada por el hecho (vid. *supra* § 22 II 1)²⁶. Por el contrario, la nueva teoría del delito parte del planteamiento de que la antijuricidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado delictivo, sino que también debe ser incluida en el juicio de desvalor la *forma y el modo en que se origina* la situación jurídicamente desaprobada (vid. *supra* § 7 I 1b). De ello se deriva para la Dogmática contemporánea la distinción en el injusto entre el **desvalor de acción** y el **desvalor de resultado**²⁷.

2. En parte, y sobre la base de una teoría del injusto entendida de un modo puramente final, se llega incluso a defender el punto de vista extremo de que **sólo la voluntad de la acción** fundamenta el injusto y que el **desvalor de resultado no posee significado alguno** para aquél; este último sólo habría sido asumido

²⁶ Especialmente claro en este sentido fue *Mezger*, GS 89 (1924) págs. 245 ss.; "el injusto es ... la modificación o la producción, respectivamente, de una situación jurídicamente aprobada o desaprobada, pero *no* la modificación jurídicamente desaprobada de una situación".

²⁷ Una exposición crítica de la historia de la Dogmática la suministran *Krauß*, ZStW 76 (1964) págs. 20 ss. y *E.-J. Lampe*, Das personale Unrecht págs. 13 ss. En relación con la actual situación de la doctrina *Stratenwerth*, SchwZStr 79 (1963) págs. 237 ss.; *Krauß*, ZStW 76 (1964) págs. 38 ss.; *Krumpelmann*, Bagatelldelikte págs. 62 ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift págs. 51 ss.; *Hirsch*, ZStW 93 (1981) págs. 838 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 20 antes del § 13; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 93; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núms. 1 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 54 ss. antes del § 13.

por el legislador en las disposiciones penales porque no existe ninguna necesidad de pena sin una manifestación exterior del desprecio a la prohibición. Por tanto, según esta concepción el acaecimiento del resultado es sólo una condición objetiva de punibilidad (vid., también, *infra* § 55 II 1 a)²⁸. Sin embargo, esta postura subjetiva de carácter monista resulta **rechazable**²⁹. El injusto no sólo consiste en la rebelión contra el mandato normativo, sino que también reside en la producción del daño social que el ofendido y la comunidad sufren a través del hecho, y que debe ser evitado a través de la prescripción de la norma. Pero también políticamente la segregación del ámbito del injusto del desvalor de resultado conduciría a resultados insatisfactorios. De este modo, en el hecho doloso deberían ser asimilados la tentativa acabada y su consumación y en el delito imprudente debería estar penalizado todo comportamiento contrario al deber de cuidado.

3. Una mirada a los *tipos penales más comunes* muestra que el contenido de injusto de numerosos tipos de delito está determinado también por la **forma y clase de comisión** del hecho y no sólo por la lesión o puesta en peligro del objeto de protección; precisamente en ello reside el verdadero merecimiento de pena de la modalidad delictiva correspondiente.

Ejemplos: El patrimonio no es protegido en Derecho penal frente a cualquier menoscabo imaginable del mismo, sino sólo ante *determinadas formas de agresión* que se resulten especialmente peligrosas. El perjuicio patrimonial llevado a cabo mediante engaño es estafa (§ 263), por medio de la violencia, extorsión (§ 253), mediante abuso

²⁸ Así, sobre todo, *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert págs. 128 ss., 205 ss. Igualmente, y de modo especial también para el hecho doloso, *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte págs. 78 ss.; *Lüderssen*, ZStW 85 (1973) pág. 292; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 186 ss.; *Silva Sánchez*, ZStW 101 (1989) pág. 370; *Schöne*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 654; *Dornseifer*, Armin-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 427 ss.; *Suárez Montes*, Welzel-Festschrift pág. 389; de otra opinión, sin embargo, *Otto*, ZStW 87 (1975) págs. 566 ss.; *el mismo*, Grundkurs pág. 138; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 4. En relación con el hecho imprudente *Welzel*, Lehrbuch págs. 135 ss.; *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift págs. 40 ss.; *Schaffstein*, Welzel-Festschrift págs. 559 ss. (vid. *infra* § 54 I 4 nota a pie núm. 18).

²⁹ En el mismo sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Gallas*, Bockelmann-Festschrift págs. 161 ss.; *Jakobs*, Studien págs. 120 ss.; *Hirsch*, ZStW 94 (1982) págs. 240 ss.; *el mismo*, Kölner Festschrift págs. 409 ss.; *Degener*, ZStW 103 (1991) págs. 357 ss.; *LK* (11.^a) (*Jescheck*) nota preliminar núm. 44 antes del § 13; *Mylonopoulos*, Handlungs und Erfolgsunwert págs. 67 ss.; *Paeffgen*, Verrat in der Annahme eines illegalen Staatsgeheimnisses págs. 110 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 96 ss.; *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung págs. 94 ss.; *Schöneborn*, GA 1981, págs. 73 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung pág. 25; *Krauß*, ZStW 76 (1964) págs. 61 ss.; *Schönkel/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 59 antes del § 13; *Stratenwerth*, Schaffstein-Festschrift págs. 182 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 5; *Mazzacova*, Il disvalore di evento págs. 60 ss.

de confianza, apropiación indebida (§ 266) y por medio del aprovechamiento, usura (§ 302 a). La puesta en peligro del tráfico vial (§ 315 c I núm. 2) exige, además del riesgo para la vida y el cuerpo o para valores patrimoniales de importancia, la *contravención de determinadas reglas de circulación de especial importancia* llevada cabo de un modo burdo y desconsiderado. La forma y modo de comisión como elementos que caracterizan al hecho punible serían incomprensibles si la norma prohibitiva sólo pensara en el desvalor de resultado.

El *desvalor de resultado* del hecho reside en la lesión o puesta en peligro del objeto de protección de la acción, mientras que el *desvalor de acción* lo hace en la forma y modo de su comisión. El desvalor de acción consiste tanto en las *modalidades externas* del comportamiento del autor como en las *circunstancias* que concurren *en su persona*. De ahí que se distinga entre el desvalor de acción *referido al hecho y al autor* (personal). Con la asunción por el tipo penal del *desvalor* de la acción y del resultado uno y otro se convierten en *injusto* de la acción y del resultado.

4. El entendimiento de que dentro del injusto de acción los **elementos personales** juegan un papel esencial, se ha impuesto ampliamente en la nueva Dogmática (teoría del injusto *personal*)³⁰. La cuestión sigue siendo, todavía hoy, *qué* elementos personales deben ser considerados como parte integrante del injusto de acción y cómo se determina la *relación de jerarquía* dentro del tipo penal entre el injusto de la acción y el de resultado.

³⁰ Sobre la historia de la teoría del injusto personal vid. *H. Lampe*, Unrechtsbegriff págs. 25 ss. Más detalladamente sobre la doctrina actual *Gallas*, Bockelmann-Festschrift págs. 155 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 1; *Lackner*, nota preliminar núm. 20 antes del § 13; *Hirsch*, ZStW 93 (1981) págs. 843 ss.; *Stratenwerth*, SchwZStr 79 (1963) págs. 237 ss.; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift págs. 51 ss.; *Otto*, ZStW 87 (1975) págs. 539 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 52 antes del § 13; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, 1981. La posición opuesta es defendida sobre todo por *Oehler*, Das objektive Zweckmoment págs. 62 ss. En Suiza defienden una teoría personal del injusto *Germann*, Das Verbrechen págs. 119 ss. y *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe págs. 29 ss., en España, *Cerezo Mir*, Curso págs. 360 ss. Reconocen elementos subjetivos de la antijuricidad dentro de unos márgenes estrechos *Hazewinkel-Suringa/Rennmelink*, Inleiding pág. 240; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 408 ss.; *Díez Ripollés*, Elementos subjetivos, 1990. Con anterioridad la doctrina austríaca limitaba rigurosamente la antijuricidad a la lesión del bien jurídico protegido; vid. *Kadečka*, Gesammelte Aufsätze pág. 19 y *Nowakowski* Grundzüge pág. 52. Entre ambas posiciones se encuentra *Maihofer*, Rittler-Festschrift págs. 156 ss. que, aunque reconoce el lado personal del injusto, lo restringe al sentido objetivo del suceso. El cambio decisivo en la traslación del dolo lo ha llevado a cabo *Nowakowski*, JBl 1972, págs. 22 ss.; vid. también *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 30 antes del § 3. Coincidiendo con él *Platzgummer*, JBl 1971, pág. 238; *Moos*, Strafrechtl. Probleme págs. 28 ss.; *Tliffiterer*, Allg. Teil págs. 51 ss. Desviándose en este punto *Kienapfel*, JZ 1972, págs. 575 ss.

a) Por una parte, en el injusto de la acción figuran los **elementos objetivos de la autoría**. Por regla general los tipos delictivos están formulados de tal modo que pueden ser realizados por cualquiera. Existen sin embargo disposiciones penales en las que la autoría se caracteriza por elementos objetivos que describen una determinada posición de deber al limitarla a un reducido círculo de personas (por ejemplo, la prevaricación del § 336³¹), o en las que determinadas personas, por la infracción de un deber vinculado con el hecho, son castigadas más gravemente que otras (vgr., la modalidad de apropiación indebida contenida en el § 246 I, segundo inciso³²) (vid., más detalladamente, *infra* § 26 II 6).

b) También se reconoce como elemento integrante del injusto personal de acción los **elementos subjetivos del injusto**. Su misión es caracterizar más detenidamente a la voluntad de la acción que se dirige a la lesión del bien jurídico y, de este modo, conferir a la descripción externa contenida en el tipo de delito el correspondiente acento de desvalor interno (vid. *supra* § 22 III 2 e *infra* § 30)³³.

c) El punto en el que las tendencias se dividen es el relativo a la cuestión de si también el **dolo es una parte integrante del injusto de la acción** o si sólo puede ser considerado como un elemento de la culpabilidad³⁴. Para la teoría de la acción final la pertenencia del dolo al injusto típico de la acción se deduce por sí misma, puesto que si la acción por su naturaleza sólo puede ser entendida como acción final, entonces el tipo al describir la acción prohibida debe comprender a todos los momentos finales y, con ello, también al dolo (vid. *supra* § 22 V 3). También la teoría social de la acción debe reconocer este argumento ontológico pues en el hacer positivo aquélla se sitúa asimismo sobre la finalidad como categoría básica. Sin embargo, los elementos del injusto pueden ser desarrollados *a partir de la esencia misma de la antijuricidad*³⁵. Para ello se parte de que la norma penal tiene por objetivo determinar de tal modo la *voluntad* de la persona, de modo que ésta no suponga un peligro para los bienes jurídicos que resultan imprescindibles para

³¹ La prevaricación se regula actualmente en el § 339 StGB (N del T).

³² Téngase en cuenta la actual redacción del § 246 StGB.

³³ Frente a la crítica formulada por Rittler, Tomo I págs. 121 ss., a los elementos subjetivos del injusto vid. Engisch, Rittler-Festschrift págs. 170 ss. Destacando en la doctrina alemana por su rechazo a los elementos subjetivos del injusto, Oehler, Das objektive Zweckmoment págs. 131 ss. Profundizando en la fundamentación de la doctrina dominante Baumann/Weber, Allg. Teil págs. 281 ss.

³⁴ Para más detalles vid. Jescheck, E. Wolf-Festschrift págs. 475 ss.; Fukuda, ZStW 71 (1959) págs. 42 ss.; Rudolphi, Maurach-Festschrift pág. 65.

³⁵ Vid. especialmente al respecto (mostrando su rechazo) Hirsch, ZStW 93 (1981) págs. 844 ss.

la comunidad (vid. *supra* § 24 II 2). De ello resulta lo siguiente: *Lo prohibido es un proceder de la voluntad que aspira al resultado delictivo, pero también lo es aquel otro que tiene lugar en la conciencia y que está vinculado posible o necesariamente con el resultado del delito*³⁶. Con ello se deduce del contenido de la norma que, además de los elementos subjetivos del injusto en sentido estricto, también la voluntad misma de realización del tipo es una parte integrante del injusto de la acción. El objeto de la valoración del juicio de antijuricidad es tanto el momento exterior como el interior del hecho. Sin embargo, con la inclusión de los elementos subjetivos de la acción típica, el injusto no pierde su carácter objetivo pues para el juicio de antijuricidad es suficiente con que el autor desprecie conscientemente las exigencias *generales* que la norma jurídica impone *a cualquiera*. Según ello, el injusto personal es el "injusto objetivo de un sujeto"³⁷. El **dolo** de la voluntad de la acción que se dirige inmediatamente en contra del mandato de la norma es el **núcleo central del injusto personal de acción**³⁸.

Prescindiendo de la *consciente* puesta en peligro de bienes jurídicos, la norma, tal y como después se evidenciará, también prohíbe el comportamiento que infringe *inconscientemente el deber de cuidado necesario en el tráfico para evitar el resultado delictivo*. Estamos en presencia entonces del injusto personal de acción de los delitos *imprudentes* (vid. *infra* § 55 I 1).

³⁶ Sobre ello, básicamente, Gallas, Beiträge pág. 54. Asimismo, Bockelmann/Volk, Allg. Teil págs. 53 ss.; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 22 núm. 1; Ebert/Kühl, Jura 1981, pág. 233; Kühl, Allg. Teil § 3 núm. 5; § 5 núm. 5; Welzel Lehrbuch págs. 64 ss.; Stratenwerth, Allg. Teil I núms. 242 ss.; Schönkel/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 54 antes del § 13; Wessels, Allg. Teil núms. 136 ss. Por el contrario, Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 201, considera al injusto como "comportamiento de la voluntad", mientras que su "carácter doloso" ("Vorsätzlichkeit") como noción diferente permanece como un puro elemento de la culpabilidad (pág. 203).

³⁷ Así, E.-J. Lampe, Das personale Unrecht pág. 208.

³⁸ En este sentido se pronuncia actualmente la doctrina dominante; vid., además de los autores citados en la nota a pie núm. 36, Blei, Allg. Teil pág. 97; Dreher/Tröndle, nota preliminar núm. 26 antes del § 13; Eser/Burkhardt, Strafrecht I núm. 3 A núm. 100; Hirsch, ZStW 93 (1981) pág. 837; LK (11.ª) (Hirsch) nota preliminar núm. 184 antes del § 32; Armin Kaufmann, Welzel-Festschrift pág. 391; Krauß, ZStW 76 (1964) pág. 56; Krümpelmann, ZStW 87 (1975) pág. 890; Lackner, nota preliminar núm. 20 antes del § 13; Otto, Grundkurs págs. 83 ss.; Preisendanz, nota preliminar B V 3; Roxin, Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 266; *el mismo*, Allg. Teil I § 10 núms. 62 ss.; Rudolphi, Maurach-Festschrift págs. 51 ss.; Schaffstein, MDR 1951, pág. 196; Jakobs, Allg. Teil 8/1; SK (Samson) nota preliminar núm. 5 antes del § 32; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert págs. 79 ss. La posición contraria, todavía dominante en el extranjero, es sustentada en Alemania por Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 389; Spindel, Bockelmann-Festschrift pág. 252; Engisch, DJT-Festschrift págs. 426 ss.; Kohlrausch/Lange, § 59 comentario II 1; Naucke, Einführung pág. 271.

d) Este resultado viene corroborado por la **configuración del Derecho positivo**: Y así, la *descripción de la acción* de muchos tipos dolosos (por ejemplo, “engañar” en el § 263, “ayudar a vender” en el § 259, “perseguir la pieza de caza” en el § 292, “sustraer” en el § 242, “apropiarse” en el § 246) evidencia que el autor no puede prescindir de las ideas e intenciones sin que el hecho pierda su verdadero sentido como injusto merecedor de pena (**aplicación de palabras que describen actividades finales**).

Ejemplos: El funcionario público que, pese a ingresar efectivamente en caja el dinero, retiene los comprobantes, se apropia de éste si se “valoran las relaciones internas del curso del suceso” (BGH 24, 115 [120]). En la sustracción de un vehículo a motor la delimitación entre el § 242 y el § 248b se determina por la existencia de una intención de apropiación o de simple uso.

La posición del dolo en el injusto de la acción es especialmente clara en la tentativa (§ 22). La tentativa también determina un **injusto** cuando el autor ha comenzado a trasladar a los hechos su voluntad de realizar un tipo penal, sin que hubiese podido acaecer el resultado delictivo de acuerdo con la situación objetiva (tentativa inidónea).

Ejemplo: Cuando el autor suministra a la víctima una pequeña cantidad de “Luminal” que no podía ocasionar la muerte por él proyectada, el hecho es punible como homicidio intentado (a pesar de la ausencia de peligrosidad) según los §§ 212, 22, y 23, a causa de la voluntad dirigida en contra de la prohibición del homicidio (BGH 11, 324).

Finalmente, los casos en los que el legislador atribuye **sanciones penales a la comisión dolosa pero inculpable del hecho** (§§ 63, 64, 69, 70) demuestran que el dolo, como factor directivo del hecho, ya no puede ser parte integrante de la culpabilidad; en estos supuestos, la prescripción de las medidas de seguridad presupone que en el autor inculpable que actúa ha sido comprobado el dolo de cometer un hecho determinado³⁹.

Ejemplo: Si alguien absolutamente ebrio abre la puerta equivocada de una vivienda (§ 323 a), de su dolo depende la apreciación de una tentativa de allanamiento de domicilio, de robo o de violación, o si sencillamente se ha equivocado de planta.

5. Pero el dolo no es sólo incardinable en el tipo de injusto sino que posee una **doble posición**⁴⁰. Como factor directivo del comportamiento es el núcleo

³⁹ Vid. *Schüler-Springorum*, MSchrKrim 1973, pág. 365.

⁴⁰ Esta posición va afianzándose cada vez más; vid. *Gallas*, Beiträge pág. 56; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift pág. 170; *Haft*, Allg. Teil pág. 133; *Blei*, Allg. Teil pág. 206; *Schünemann*, GA 1985, págs. 361 ss.; *Cramer*, Grundbegriffe págs. 51 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 28a antes del § 13; *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit pág. 332; *Lackner*, § 15 n.º 34; *E.-J. Lampe*,

central del injusto típico de la acción, y como resultado final del proceso de formación de la voluntad que pertenece a la culpabilidad es también un elemento integrante de ésta (vid. *infra* § 39 IV 4). Dado que en la culpabilidad se refleja la clase y gravedad del injusto cometido, también para el tipo y alcance del reproche culpabilístico se distingue si el autor ha ejecutado el hecho dolosamente o si tan sólo ha faltado el deber de cuidado exigible para evitar la lesión del bien jurídico⁴¹. Al igual que el dolo, también la imprudencia determina tanto el injusto del hecho como la culpabilidad del autor (vid. *infra* § 54 I 3).

6. Con la introducción del dolo en el injusto de la acción no son mezcladas la antijuricidad y la culpabilidad y tampoco se difuminan los límites entre la Moral y el Derecho, tal y como sostienen los **críticos**⁴².

a) De acuerdo con la concepción personal del injusto la **antijuricidad** también mantiene su **dimensión objetiva**, pues el Derecho impone a cualquiera las mismas exigencias y su infracción comporta las mismas consecuencias para todos. Sólo en el juicio de culpabilidad son tenidas en cuenta la clase y modo de formación de la voluntad, así como las posibilidades del autor en atención al mandato normativo. El carácter objetivo de la antijuricidad no supone, sin embargo, que el injusto pueda extenderse sólo a elementos del mundo externo. Más bien se trata de entender el concepto de lo "objetivo" en el sentido de "**validez general**": la antijuricidad es una magnitud objetiva pues el mandato de la norma rige sin la toma en consideración de la persona y, por ello, la infracción del Derecho es determinada conforme a reglas generales sin consideración a la capacidad de culpabilidad y al valor o desvalor de la motivación del autor. Por medio de la colaboración de la voluntad de la acción no se renuncia al carácter objetivo de la antijuricidad. El desvalor personal de la acción comprende a todos aquellos factores que afectan a la *dirección* de la voluntad de la acción típica le-

Das personale Unrecht pág. 234; *Roxin*, Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 266; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 120 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 3; *Wessels*, Allg. Teil núm. 142; *Wolter*, Zurechnung pág. 152. Igualmente en Austria *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 11 antes del § 13; *Moos*, ZStW 93 (1981) págs. 1031 ss.; en Portugal *Figueiredo Dias*, ZStW 95 (1983) pág. 246. Además, desde una perspectiva de Derecho comparado, *Hünerfeld*, ZStW 93 (1981) págs. 1000 ss. Disienten *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 6. Mostrándose conciliadores *Hirsch*, ZStW 94 (1982) págs. 257 ss.; *Cerezo Mir*, ZStW 93 (1981) pág. 1019; *Ziegert*, Vorsatz págs. 162 ss.

⁴¹ *Jescheck*, ZStW 98 (1986) págs. 11 ss.

⁴² Vid., sobre todo, *Würtenberger*, Situation págs. 55 ss.; además, *Schultz*, Einführung I págs. 215 ss.

siva del bien jurídico protegido⁴³. El objeto del juicio de culpabilidad es, por el contrario, la forma y modo de la *formación* de la voluntad que conduce al hecho y en la que el mayor o menor desvalor es codeterminado a través de su resultado en el dolo o en la imprudencia como formas de culpabilidad⁴⁴. En el examen de la antijuricidad del hecho se pregunta: ¿Qué quiso el autor y qué ha hecho?; en el de la culpabilidad se plantea el siguiente interrogante: ¿En qué medida se le puede reprochar al autor el injusto cometido? (vid. *infra* § 39 I 1).

b) Del mismo modo tampoco se produce una confusión entre las reglas del *Derecho* y la *Ética individual*. Incluso cuando se concibe la voluntad de la acción como una parte integrante del injusto, la **prescripción normativa** permanece siempre como un **mandato jurídico** y, con ello, la transgresión sigue siendo un *injusto* que no se agrava ni atenúa atendiendo a criterios ético-individuales. Como escala para la valoración de la formación de la voluntad la *Ética* se limita al ámbito de la culpabilidad, pero apareciendo siempre aquí en su manifestación como **Ética social** y nunca como moral individual, pues el Derecho impone sus exigencias a las personas tan sólo en atención al bien común y sólo demanda, si bien de modo permanente, aquello que puede ser esperado del ciudadano de acuerdo con su posición en la sociedad. La ética individual no juega papel alguno ni en la nueva ni en la versión clásica de la teoría del injusto.

§ 25 Antijuricidad y tipo

Por motivos de seguridad jurídica, en Derecho alemán las formas de comportamiento antijurídico merecedoras de pena se encuentran recogidas en las descripciones especiales de los delitos y que son denominadas *tipos*. De acuerdo con el art. 103 II GG un comportamiento antijurídico sólo puede ser castigado con el requisito de que se describa y conmine con pena en un tipo legal. A pesar de que este principio no está sometido a discusión alguna, sin embargo la **relación entre el tipo y la antijuricidad** requiere una aclaración más detallada.

I. El tipo como tipo de injusto

Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930; *H. Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932; *Burian*, Der Einfluß der deutschen Naturrechtslehre auf die Entwicklung

⁴³ En torno a la distinción entre elementos subjetivos del tipo y de la culpabilidad *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 70 ss.

⁴⁴ Vid. *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975) pág. 897.

der Tatbestandsdefinition, 1970; *Clafß*, Grenzen des Tatbestandes, Strafr. Abh. Heft 323, 1933; *Engisch*, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 127; *el mismo*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2.^a Ed. 1968; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1964; *Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961), pág. 179; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.^a Ed. 1991; *Mezger*, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, pág. 2; *Roxin*, Literaturbericht, ZStW 82 (1970) pág. 675; *Sax*, Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe usw., JZ 1975, pág. 137; *el mismo*, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, págs. 9, 80 y 429; *Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 433; *Schweikert*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *E. Wolf*, Der Sachbegriff im Strafrecht, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 44.

1. De acuerdo con la teoría del tipo original, creada por *Beling*¹, el sentido del tipo penal se agota en la descripción de la imagen exterior de una acción cualquiera. Según esta concepción, el tipo todavía no dice nada acerca de la antijuricidad sino que, más bien, se trata sólo del objeto de un juicio de valor jurídico formulado conceptualmente que las normas jurídicas en su conjunto deben acoger (vid. *supra* § 22 II 1). Fue ya la teoría teleológica del tipo (*Hegler*, *Sauer*, *Mezger*, *E. Wolf*) la que abandonó el punto de vista meramente formal de Beling y la que dejó de ver en las descripciones delictivas un reflejo de los hechos libre de juicios de valor, para concebirlas como la imagen de los elementos del tipo de una determinada modalidad delictiva (vid. *supra* § 22 III 2 b y c)². El tipo se convirtió así en "materia de prohibición de las disposiciones penales", es decir, en una "descripción del objeto del comportamiento prohibido"³. Desde luego que con la comprobación de la tipicidad el juicio sobre la antijuricidad no está pronunciado definitivamente, pues cabe todavía la posibilidad de que concurran causas de justificación que benefician al autor⁴.

2. De conformidad con la actual situación de la teoría del delito hay que aceptar que en el **tipo** deben encontrar acogida todos aquellos elementos que

¹ Vid. *Beling*, Verbrechenslehre págs. 3, 23 ss. y 110; *el mismo*, Lehre vom Tatbestand págs. 12 ss.

² Acerca de esta evolución *H. Bruns*, Kritik págs. 14 ss.; *Jescheck*, ZStW 73 (1961) págs. 181 ss.; *Schweikert*, Wandlungen der Tatbestandslehre págs. 14 ss. En relación con los presupuestos dogmáticos de un Derecho penal estructurado conforme a los tipos en la primera mitad del siglo XVIII *Burian*, Naturrechtslehre págs. 113 ss.

³ *Welzel*, Lehrbuch pág. 49.

⁴ De ahí que no sea fundada la crítica de *Clafß*, Grenzen des Tatbestandes pág. 147, consistente en que con la "teoría de la tipificación del injusto" el tipo ha dejado de ser un "elemento autónomo en la serie de presupuestos generales del delito". Acerca de la autonomía de la fundamentación del injusto vid., sobre todo, *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 193 y 282 ss.

fundamentan el **contenido material de injusto** del hecho punible. El tipo debe proporcionar claridad acerca de cuál es el bien jurídico en el que el legislador ha pensado como sentido de la norma penal, qué objetos de la acción resulta aplicables (sobre ambas cuestiones vid. *infra* § 26 I), en qué consiste la acción u omisión prohibida, si una u otra deben haber causado una lesión o sólo un concreto peligro para el bien jurídico y, finalmente, si es exigido el dolo o basta con la imprudencia (§ 15)⁵. La materia objeto de prohibición debería *agotarse* en la circunscripción del tipo, pues con el mismo el legislador ha suministrado la totalidad de los elementos que reúne el contenido de injusto típico de la correspondiente figura de delito. No resulta decisivo si, y en qué medida, el legislador ha logrado abarcar por completo y describir de forma concreta los elementos de la norma de prohibición. Aún cuando la Ley misma señala sólo una parte de esos elementos y abandona al juez su formulación por la vía del *complemento del tipo*, como es el caso de los delitos imprudentes y de los de omisión impropia, las piezas que faltan siguen siendo parte integrante del tipo. Si la individualización de los elementos que fundamentan una determinada clase de delito es llevada a cabo por el legislador o por el juez, ésta es una cuestión que afecta al mandato constitucional de determinación (vid. *supra* § 15 III 3) y no al problema de la pertenencia al tipo de tales elementos.

Ejemplos: La regulación relativa a las coacciones (§ 240 II) que se basa en la reprochabilidad de la relación medio a fin contiene, frente a su tenor literal, un complemento del tipo y no un elemento adicional de la antijuricidad (de otra opinión, BGH 2, 194 [196]; BayObLG NJW 1963, pág. 824; OLG Braunschweig NJW 1976, pág. 62)⁶. En torno a la reprochabilidad de las “sentadas obstaculizadoras” BVerfG JR 1991, pág. 13; BGH 35, 270; OLG Stuttgart NStZ 1991, pág. 333. También son elementos del tipo las circunstancias bajo las cuales se enjuicia en la usura si la prestación y la contraprestación

⁵ Así, RG 63, 215 [218]; BGH 16, 155 [158] y la doctrina dominante.; vid. *Gallas*, Beiträge págs. 32 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 257; *Lackner*, nota preliminar núm. 15 antes del § 13; *Jakobs*, Allg. Teil 6/51 ss.; *Bockelmann/VVolk*, Allg. Teil pág. 37; *Engisch*, Mezger-Festschrift pág. 132; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 24 núms. 1 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 23; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 34 y 37 antes del § 1; *Schmidhäuser*, Engisch-Festschrift pág. 441; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 45 antes del § 13; *Wessels*, Allg. Teil núm. 119; *Rehberg*, Strafrecht I p.66; *Fiandaca/Musco*, Diritto penale pág. 164; *Cerezo Mir*, Curso págs. 323 ss.; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 51 antes del § 3; *Schultz*, Einführung I pág. 119.

⁶ En el sentido del texto, *Schönke/Schröder/Eser*, § 240 núm. 16; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 44; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 21 antes del § 32. En contra *Günther*, Strafrechtswidrigkeit págs. 322 ss. quien considera al § 240 II como una “causa de exclusión del injusto penal”.

se encuentran en una “evidente desproporción” (§ 302 a)⁷. Lo mismo sucede en cuanto a la posición de garante en el delito de omisión impropia previsto en el § 13 (BGH 16, 155 [158]).

En muchos tipos penales el injusto típico sólo es realizado cuando al comportamiento descrito del autor se le añade un elemento negativo, tal y como sucede con la falta de autorización oficial para el establecimiento de juegos de azar (§ 284)⁸. Estos tipos deben distinguirse de aquellos otros en los que el comportamiento descrito es ya por sí mismo tan peligroso que en el propio injusto típico debe ser prevista la posibilidad de que la aprobación de una autoridad pueda crear una causa de justificación. Y así, por ejemplo, en el § 324 el elemento “sin autorización” no pertenece al tipo sino que, sencillamente, advierte de la posibilidad de una justificación de la contaminación del medio acuático a través de su aprobación por parte de la autoridad⁹. Dado que el tipo describe precisamente el injusto típico¹⁰, aquel que realiza el tipo lesiona, simultáneamente, el correspondiente bien jurídico protegido; de ahí que no se necesite una comprobación especial de la lesión del bien jurídico protegido¹¹.

3. El **concepto de “tipo”** es utilizado en el lenguaje jurídico con un significado diverso¹². En este texto es entendido, como ya se expuso, como la descripción legal del injusto típico, como “tipo de injusto” (en relación con el tipo de la culpabilidad *infra* § 42 I). En otro sentido el concepto señala (más restringidamente) la suma de elementos que toman parte en la función garantista de la Ley penal en el sentido del art. 103 II GG (“tipo de garantía”; vid. *supra* § 15 III). En la Teoría general del Derecho la expresión “tipo” alude a la totalidad de los presupuestos para el acaecimiento de una consecuencia jurídica¹³.

⁷ El delito de usura se encuentra actualmente regulado en el § 291 StGB (N del T).

⁸ Dreher/Tröndle, § 284 núm. 15; Schönke/Schröder/Eser, § 284 núm. 18. Véase también el § 236 (secuestro “sin el consentimiento de los padres”) [Téngase en cuenta la nueva redacción del § 236 que ha pasado a regular el “tráfico de niños” (N del T)]. Por lo demás aquí *no* estamos en presencia de los denominados elementos negativos del tipo; sobre ellos vid. *infra* § 25 III.

⁹ Schönke/Schröder/Cramer, antes del § 324 núm. 14.

¹⁰ Sobre el concepto de tipo (“Typus”) y su posición intermedia entre la noción jurídica y la vida real, Engisch, Konkretisierung págs. 228, 251; Hassemer, Tatbestand págs. 109 ss.; Larenz, Methodenlehre págs. 460 ss.

¹¹ De otra opinión Sax, JZ 1975, pág. 144; JZ 1976, págs. 9, 80 y 429, que exige adicionalmente la “producción de una lesión del bien jurídico merecedora de pena”.

¹² Sobre las distintas posibilidades Engisch, Mezger-Festschrift págs. 129 ss.; LK (11.^a) (Jescheck) nota preliminar núm. 45 antes del § 13; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 44 antes del § 13.

¹³ Al respecto vid. Mezger, NJW 1953, pág. 2. Con frecuencia también en Derecho penal se designa de modo inexacto como “tipo” al conjunto de la disposición penal, a pesar de que la mayoría de los preceptos penales que no pertenecen al tipo de injusto.

II. Tipos “abiertos” y elementos de valoración global

Engisch, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 127; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) pág. 78; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *el mismo*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 277; *Kunert*, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958, *Noll*, Strafrecht im Übergang, GA 1970, pág. 176; *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2.^a Ed. 1970; *el mismo*, Literaturbericht, ZStW 82 (1970) pág. 675; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, 2.^a Ed. 1973; *Spiesterbach*, Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand, Diss. Bonn 1960; *Vianden-Grüter (Hilde Kaufmann)*, Der Irrtum über Voraussetzungen, die für § 240 II StGB beachtlich sind, GA 1954, pág. 359.

1. La teoría de los tipos “abiertos” sostiene que en Derecho penal existen tipos de los que no pueden deducirse completamente, sino tan sólo en parte, los elementos del injusto del delito correspondiente. La integración de los que se encuentran ausentes debe ser llevado a cabo por medio de componentes positivos de la antijuricidad que se encuentran fuera del tipo¹⁴. Los tipos abiertos son definidos como aquellas disposiciones penales “en las que falta una imagen rectora de carácter objetivo para completar el tipo”, de modo que en la práctica no puede tener lugar de la mano del texto legal una diferenciación entre el comportamiento prohibido y el permitido (vid., por ejemplo, §§ 240 II, 253 II, 132 a). Sin embargo, la **teoría de los tipos abiertos** debe ser **rechazada**¹⁵, pues si el tipo es entendido como *tipo* de injusto sólo puede ser concebido de un modo “cerrado”, porque de lo contrario le faltaría precisamente su cualidad de tipo. Esto significa que el tipo debe contener sin excepción la *totalidad* de los elementos determinantes de injusto de una modalidad delictiva y que la *cuestión relativa a la antijuricidad* sólo puede ser determinada en un sentido

¹⁴ Así, especialmente, *Welzel*, Lehrbuch págs. 82 ss.; *Armin Kaufmann*, Normentheorie págs. 101, 257 ss.; *Kunert*, Die normativen Tatbestandsmerkmale pág. 93 nota a pie núm. 1; *Spiesterbach*, Neue Kritik págs. 117 ss.

¹⁵ Así, en el mismo sentido, *Roxin*, Offene Tatbestände págs. 53 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 10 núms. 43 ss. y la doctrina dominante; vid. las referencias contenidas en *Roxin*, Offene Tatbestände págs. 15 ss. Vid., además, *Gallas*, Beiträge págs. 39 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 6/61-63; *LK (11.^a) (Hirsch)* nota preliminar núm. 21 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 24 núm. 8; *Noll*, GA 1970, pág. 180; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 286 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 355; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 66 ss. antes del vor § 13; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 17 antes del § 32.

negativo, esto es, en el sentido de su exclusión por la intervención de causas de justificación. De todos modos, el grado de precisión de la materia objeto de prohibición es distinto en cada disposición penal. Los elementos complementarios que el juez consigue procedentes de juicios de valor general y de las relaciones con otros componentes constituyen, por otro lado, partes integrantes del tipo para los que, prescindiendo del método por el que son obtenidos, no rigen especialidades (vid. *supra* § 25 I 2).

Ejemplos: La cuestión a resolver según el Derecho público relativa a la falta de autorización para llevar uniforme constituye un elemento del tipo de acuerdo con el § 132 a núm. 4. El autor, por tanto, no debe pertenecer al círculo de personas a las que les está conferida dicha autorización, circunstancia ésta que debe ser conocida para actuar dolosamente. Sin embargo, el juicio sobre la antijuricidad no está todavía cerrado pues el llevar un uniforme sin autorización puede estar justificado excepcionalmente. Y así, es válida como ardid de guerra la utilización de uniformes enemigos durante el desarrollo de una operación de comando. En el § 240 la regulación recogida en su apartado segundo sobre la relación medio a fin pertenece igualmente al tipo y no constituye un elemento especial de la antijuricidad necesitado de una comprobación positiva (vid. *supra* § 25 I 2). Esto tiene importancia sobre todo para la solución de las cuestiones referidas al error. Si la víctima amenaza a su ladrón con denunciarlo si éste no contribuye con un donativo a la Cruz Roja, dicha amenaza no es típica en el sentido del § 240 II (BayObLG MDR, 1957, pág. 309). El error sobre la autoría de la persona amenazada con la denuncia sería un error de tipo (BGH LM § 240 núm. 3)¹⁶.

2. La investigación desarrollada por la teoría de los tipos abiertos ha conducido, no obstante, a un importante descubrimiento. Existen "**elementos de valoración global**"¹⁷ a los que, quizás, pertenece la "reprochabilidad" de la utilización del violencia del § 240 II. La clasificación de tales elementos es difícil puesto que como componentes del tipo son fuertemente completados con una valoración jurídica pero, de otro lado, al tipo (§ 240 I) le faltan sus contornos como *tipo de injusto* sin la valoración global negativa de la "reprochabilidad". La solución sólo puede residir en que las *circunstancias fácticas* que hacen aparecer al comportamiento del autor como reprochable pertenezcan al tipo, pero que su *valoración* como medida de su crecida reprobabilidad se emprenda en la fase de

¹⁶ Así, *LK (11.^a) (Hirsch)* nota preliminar núms. 21 ss. antes del § 32; *Schönke/Schröder/Eser*, § 240 núm. 35; vid., con más detalle, *Vianden-Grüter*, GA 1954, pág. 359.

¹⁷ Vid. *Roxin*, Offene Tatbestände págs. 132 ss.; *el mismo*, ZStW 82 (1970) págs. 682 ss.; *Engisch*, Mezger-Festschrift págs. 157 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 66 antes del § 13; *SK (Sarnson)* nota preliminar núm. 18 antes del § 32; BGH 3, 400 (402). En contra de este concepto *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 288.

la antijuricidad¹⁸. De este modo también se solucionan adecuadamente las cuestiones surgidas en torno al error.

Ejemplo: Un acreedor fuerza al deudor de un préstamo, mediante la amenaza de una denuncia por estafa, a la devolución del crédito. Si el acreedor piensa erróneamente que el deudor realmente le había engañado en la contratación del préstamo, entonces actúa bajo un error de tipo debido a que no ha reconocido correctamente los presupuestos objetivos del juicio de reprochabilidad. Por el contrario, si sabía que la acusación por estafa no estaba justificada pero actuaba bajo la creencia de que tales “trucos” (scil. la amenaza de denuncia) no serían reprochables en el negocio crediticio, entonces existe un error de prohibición (§ 17).

3. Discutido es el tratamiento de las causas de justificación en los tipos con elementos de valoración global. Un sector de opinión quiere incluir aquí las causas de justificación en el marco del tipo para el examen de la reprochabilidad¹⁹. Lo correcto es, sin embargo, investigar la reprochabilidad en el tipo sólo de un modo abstracto y, por el contrario, considerar la eventual justificación en el ámbito de la antijuricidad²⁰.

III. La teoría de los elementos negativos del tipo

Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 207; *Engisch*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *Armin Kaufmann*, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, pág. 37; *el mismo*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Arthur Kaufmann*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, pág. 653; *el mismo*, Tatbestand, Rechtfertigungsgrund und Irrtum, JZ 1956, págs. 353 y 393; *Lange*, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953, pág. 9; *Lang-Hinrichsen*, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, pág. 362; *Naka*, Die Appellfunktion des Tatbestands-

¹⁸ Asimismo, en cuanto al resultado, *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 66 antes del § 13; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 45 ss.

¹⁹ Así *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 45 nota a pie núm. 84.

²⁰ Vid. *Hirsch*, ZStW 74 (1962) págs. 119 ss.; *el mismo*, Negative Tatbestandsmerkmale págs. 291 ss.; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 21 antes del § 32; *Armin Kaufmann*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 283; *Jakobs*, Allg. Teil 6/62; también en esta dirección BGH 5, 245 (246 ss.). En contra, *Roxin*, ZStW 82 (1970) pág. 683; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 66 antes del § 13. Sobre ello vid. también *Roxin*, Kriminalpolitik pág. 25 nota a pie núm. 56.

vorsatzes, JZ 1961, pág. 210; *Paeffgen*, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 399; *Röding*, Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 39; *Schaffstein*, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, pág. 196; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform usw., GA 1985, pág. 341; *v. Weber*, Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 183; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung usw., 1981.

1. Si la teoría de los tipos abiertos aporta al tipo demasiado poco, en la medida en que éste sea entendido como portador del contenido de injusto típico de la figura de delito correspondiente, por el contrario la teoría de los elementos negativos le da demasiado. De acuerdo con esta última el tipo no sólo debe extenderse a los elementos típicos de la infracción sino también a **todas las circunstancias referidas a la antijuricidad**²¹. De este modo, los presupuestos de las causas de justificación son entendidos aquí como elementos negativos del tipo. Aquéllas son incluidas en el tipo por el hecho de que sólo su ausencia posibilita el juicio definitivo sobre la antijuricidad del hecho. De este modo, los elementos del tipo y los presupuestos de las causas de justificación son reunidos en un tipo global y vienen a situarse sistemáticamente en el mismo nivel (vid. *supra* § 25 I 3).

Ejemplo: Según lo afirmado la norma del § 212 (con la inclusión de la legítima defensa) rezaría: Será castigado con pena el homicidio doloso de una persona, excepción hecha del caso de defensa necesaria frente a un ataque antijurídico actual.

La teoría de los elementos negativos descansa, de una parte, sobre el presupuesto de que el tipo no contiene simplemente la valoración abstracta de una acción perjudicial para el bien jurídico como contravención de la norma, sino que incluye ya el *juicio de desvalor* definitivo acerca del hecho concreto. Por otra, además, presupone que el legislador con la imposición del mandato normativo *también* ha tenido en cuenta sus excepciones, de modo que la prohibición está limitada desde un principio a través de las causas de exclusión del injusto. Asimismo, se acepta que la distinción entre los elementos del tipo y las causas de justificación no descansa en un contraste objetivo sino que estaría condicionada por requisitos

²¹ Así, *Merkel*, Lehrbuch pág. 82; *Frank*, nota preliminar núm. 3 antes del § 51; *Engisch*, DJT-Festschrift pág. 406; *Arthur Kaufmann*, JZ 1954, pág. 653; *el mismo*, JZ 1956, págs. 353 y 393; *Lange*, JZ 1953, págs. 9ff.; LK (8.^a) (*Mezger*) Einleitung III pág. 3; *Röding*, Lange-Festschrift pág. 48; *Schünemann*, GA 1985, págs. 347ff.; *Schaffstein*, MDR 1951, pág. 199; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 9 antes del § 32; *v. Weber*, *MezgerFestschrift* págs. 183 ss. Una minuciosa exposición de su historia dogmática se encuentra en *Hirsch*, *Negative Tatbestandsmerkmale* págs. 21 ss.

estilísticos descriptivos, por lo que los elementos del tipo podrían ser considerados en todo momento como causas de justificación y viceversa. En cuanto al resultado práctico esta teoría sirve para resolver un intrincado *problema del error*²²: si las causas de justificación son incluidas en el tipo como elementos negativos, el error sobre sus presupuestos objetivos es tratado sin más como error de tipo (vid. *infra* § 41 IV 1 a).

Ejemplo: Cuando se repelía un supuesto ataque la jurisprudencia aplicaba automáticamente el § 59 I en su redacción anterior (actual § 16 I 1), negando con ello la punibilidad del hecho como lesión corporal intencionada “a causa de la ausencia de dolo” (RG 21, 189 [199]; 54, 196 [199]).

2. Sin embargo, la teoría de los elementos negativos del tipo debe ser **rechazada**²³.

a) Ciertamente, existen normas en las que a través de la decisión previa de conflictos valorativos están limitadas desde un primer momento, de modo que ya en el nivel de la tipicidad determinados hechos caen fuera del ámbito de la norma. Piénsese, por ejemplo, en las disposiciones que con carácter general dejan fuera de la esfera de prohibición a grupos concretos de personas o también a determinadas acciones²⁴.

Ejemplos: La embarazada no será castigada por tentativa de aborto de acuerdo con el § 218 IV 2. La prohibición del favorecimiento de acciones sexuales de menores de edad permitiendo o procurando la oportunidad para ello (§ 180 I núm. 2), no rige con carácter general para quienes son titulares de la patria potestad (§ 180 I 2). La prohibición de la difusión de material de propaganda de organizaciones contrarias a la Constitución no rige en el marco de la información ciudadana (§ 86 III).

²² Sobre esto vid., en especial, *Lang-Hinrichsen*, JZ 1953, págs. 362 ss.; *Arthur Kaufmann*, JZ 1954, págs. 653 ss.; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, págs. 37 ss.; *Paeffgen*, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift* págs. 399 ss.

²³ Asimismo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 278; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 40 ss.; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 3 A núm. 109; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 19; *Hirsch*, *Negative Tatbestandsmerkmale* pág. 347; *LK (11.ª)* (*Hirsch*) nota preliminar núm. 8 antes del § 32; *Gallas*, *Bockelmann-Festschrift* pág. 169; *Jakobs*, Allg. Teil 6/54 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 17 antes del § 13; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, pág. 37; v. *Liszt/Schmidt*, pág. 185; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 24 núm. 2; *Paeffgen*, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift* pág. 408; *Dreher*, *Heinitz-Festschrift* págs. 217 ss.; *Welzel*, *Lehrbuch* págs. 80 ss.; *Noll*, GA 1970, pág. 180; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 285; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 18 antes del § 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 179 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 124 ss.; *Wolter*, *Zurechnung* págs. 144 ss. En la actualidad, la teoría de los elementos negativos del tipo se encuentra en una situación de retroceso.

²⁴ Vid., *Armin Kaufmann*, *Normentheorie* págs. 250 ss.

Otra cosa sucede, sin embargo, con las causas de justificación. Éstas no descansan sobre excepciones generales de la norma, sino que para la solución de situaciones sociales conflictivas requieren *ponderaciones de tipo valorativo en el caso concreto*, sobre cuya base el interés en la conservación sin menoscabo alguno del bien jurídico protegido debe ceder, bajo ciertas circunstancias, frente a otro igualmente reconocido por el Ordenamiento jurídico. Estas ponderaciones, nada sencillas, que se realizan dentro de los límites de la *necesidad y proporcionalidad*, no contienen una restricción general de la prohibición común sino que con su contenido valorativo y de un modo independiente hacen retroceder a la norma de prohibición. De ahí que deban distinguirse de los elementos del tipo. El problema de la concurrencia inherente a la relación entre el tipo y las causas de justificación no puede armonizarse artificialmente acogiendo a estas últimas en los tipos con unos designios negativos.

Ejemplo: La ejecución de una pena de prisión realiza el tipo de la detención (§ 239) pero se encuentra justificada por la sentencia firme. Esto se hace especialmente evidente cuando el juez ha resuelto suspender condicionalmente la ejecución de la pena de prisión sobre la base de consideraciones valorativas independientes (§ 56).

b) Por ello, *tampoco* es correcto que pudieran resultar fácilmente intercambiables elementos de signo contrario como los del tipo y los de las causas de justificación. Las diferencias, por el contrario, están *materialmente condicionadas*. La acción atípica no es merecedora de pena por faltar en ella una relevancia jurídico-penal, mientras que la que realiza el tipo y está justificada carece de merecimiento de pena debido a que el hecho, a pesar del menoscabo del bien jurídico protegido, no manifiesta excepcionalmente un injusto material. Sobre esta diferencia valorativa descansa la “función de llamada” del tipo, de gran significación para la prevención general²⁵.

Ejemplos: Quien mata dolosamente a *su* perro que padece una enfermedad no infringe ninguna norma de prohibición (al respecto vid. § 17 TierSchG). Quien, por el contrario, mata dolosamente a un perro *ajeno* ha infringido el mandato normativo contenido en el § 303 y, por tal motivo, necesita de una causa de justificación para quedar impune (vgr., § 228 BGB). Quien mata a un corzo que le ataca infringe un derecho de caza ajeno (§ 292) que resulta permitido por el (§ 228 BGB). Sin embargo, el seguimiento de la pieza (persecución de un venado herido por disparo en terreno de caza ajeno) descansa

²⁵ Vid. Naka, JZ 1961, pág. 210; Welzel, Lehrbuch pág. 68; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 18 antes del § 32. Este argumento es válido, frente a la postura de SK (Samson) nota preliminar núm. 11 antes del § 32, a pesar de que a la comprobación del tipo no está conectada ninguna consecuencia jurídica.

sobre una justificación restringida de la caza y, por ello, ya no constituye una infracción típica del derecho de caza de otro.

3. Aunque por las razones expuestas no procede acoger la teoría de los elementos negativos del tipo, tampoco existe duda alguna sobre la existencia de verdaderos **elementos del tipo** que son **concebidos de modo negativo**²⁶.

Ejemplos: Quien “sin un motivo razonable” mata a un animal vertebrado es castigado de acuerdo con el § 17 núm. 1 TierSchG. El rapto de menores de edad exige que el hecho tenga lugar “sin el consentimiento de sus padres” (§ 236)²⁷.

En estos casos, a pesar de la redacción negativa del elemento correspondiente, se trata de una descripción positiva del contenido de la norma de prohibición. La muerte irracional de un animal vertebrado es punible a causa de la evidente relación de la persona con los animales más evolucionados en el contexto cultural actual.

IV. Tipo y adecuación social

Dölling, Die Behandlung der Körperverletzung im Sport, ZStW 96 (1984) pág. 36; *Fiore*, L'azione socialmente adeguata nel diritto penale, 1966; *Gregori*, Adeguatezza sociale e teoria del reato, 1969; *Greiser*, Die soziale Adäquanz der Verwendung von NS-Kennzeichen, NJW 1969, pág. 1155; *Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) pág. 78; *Kienapfel*, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht, 1961; *Klug*, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 249; *Küpper*, Strafvereitelung und “sozialadäquate” Handlungen, GA 1987, pág. 385; *Ostendorf*, Das Geringfügigkeit als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982, pág. 333; *Peters*, Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip Festschrift für H. Welzel, 1974, págs. 415 ss.; *Roeder*, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *Roxin*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 303; *Schaffstein*, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960) pág. 369; *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) pág. 491; *Würtenberger*, Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 125; *Zipf*, Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht, ZStW 82 (1970) pág. 633; *el mismo*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970.

1. La teoría de la adecuación social afirma que el desarrollo de acciones practicadas con el oportuno deber de cuidado y que están completamente radicadas

²⁶ v. *Weber*, Mezger-Festschrift págs. 184 ss.

²⁷ Téngase en cuenta la nueva redacción del § 236 StGB que incrimina el “tráfico de niños” (N del T).

dentro del marco de la ordenación de la vida comunitaria que se ha **configurado históricamente**, no realizan tipo delictivo alguno aún cuando sean peligrosas para bienes jurídicos penalmente protegidos (por ejemplo, el funcionamiento de un reactor nuclear, el ejercicio deportivo del fútbol, la participación en el tráfico viario, la producción de armas y de materiales explosivos, el funcionamiento de transportes ferroviarios, aéreos o navales, así como de ferrocarriles y arrastres de montaña). La materia de prohibición de los tipos penales sólo está referida a acciones "que quedan considerablemente fuera de la ordenación de la vida social históricamente conformada"²⁸. Se limitan a esta función porque el legislador ni puede ni tampoco quiere prohibir un comportamiento adecuado socialmente²⁹. Incluso cuando tiene lugar un resultado típico manifestado en el menoscabo del objeto protegido de la acción y el autor ha previsto y tolerado la posibilidad de su acaecimiento, no será punible en la medida en que haya empleado el debido deber de cuidado; ello se debe a que el Ordenamiento jurídico no exige comportamientos que, aunque peligrosos, vayan más allá del deber de cuidado y sean conformes a los usos generales. La idea de adecuación social comprende también aquellos casos de producción dolosa del resultado en los que el autor ha cumplido con el deber de cuidado que le era exigible.

Ejemplos: El marido que abandona a su familia se mantiene todavía en el marco de una actuación adecuada socialmente aunque sepa que con ello provoca el peligro de suicidio de su esposa (BGH 7, 268 [271]). El hostelero que ha servido alcohol a un conductor sólo ha de impedir que prosiga su viaje si la embriaguez del cliente ha alcanzado tal grado que éste ya no puede actuar responsablemente (BGH 19, 152 [155]). El material de propaganda inconstitucional de un partido ilegal puede, de acuerdo con el § 86 III, ser distribuido con "fines científicos o artísticos" (BGH 23, 226 [228]). La huelga y el cierre patronal son medios adecuados socialmente en la lucha laboral (BAG 1, 300). El suministro de alojamiento, cuidado médico y venta de alimentos para un delincuente huido no constituyen encubrimiento personal (§ 258)³⁰. Si, como consecuencia de la producción de gas para el alumbrado u otros productos químicos venenosos, en grandes construcciones como presas, rascacielos y túneles, en el funcionamiento de industrias peligrosas como minas o canteras, así como en el tráfico viario, ferroviario, naval y aéreo, suceden accidentes acostumbrados con resultado de lesiones o muerte, sólo surge la responsabilidad penal del empresario en caso de que concurra una infracción del deber objetivo de cuidado exigible. Lo mismo rige para lesiones que suelen suceder en muchas clases de deporte como el boxeo, rugby, hockey sobre hielo o fútbol, siempre que se

²⁸ Así, *Welzel*, Lehrbuch pág. 55.

²⁹ Vid. *Schaffstein*, ZStW 72 (1960)

³⁰ *Küpper*, GA 1987, págs. 401 ss.

observen cuidadosamente las reglas de juego. Pequeños engaños, usuales en el tráfico negocial, como quizás ocurre con la ocultación del interés como aficionado en el objeto de una compra, pertenecen igualmente a esta relación.

En el establecimiento de los tipos penales el legislador ha excluido tácitamente todas estas modalidades de comportamiento del ámbito de la eficacia del mandato normativo, de forma que el acaecimiento del resultado típico no le es imputado al autor en caso de que, con independencia de su actitud interior, observe el deber objetivo de cuidado que le es exigible (*reducción teleológica del tipo*)³¹. A pesar de todo, la indeterminación de la adecuación social va demasiado lejos cuando, en deportes susceptibles de causar daños corporales, no son consideradas lesiones típicas aquellas acciones contrarias a la reglamentación aplicable ya sean simplemente imprudentes o, incluso, dolosas³².

2. Sin embargo, también se recurre innecesariamente a la idea de adecuación social para la restricción de los tipos, cuando las propias y usuales reglas de interpretación conducen ya a una correcta delimitación de los mismos³³. En estos casos es preferible la aplicación de las **reglas de interpretación** conocidas pues de este modo se consiguen resultados objetivamente verificables (vid. *supra*

³¹ De este modo, resulta imprescindible el pensamiento jurídico de la adecuación social como delimitación del tipo, vid. OLG München NStZ 1985, pág. 549; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 12 antes del § 13; *Roxin*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 310; *el mismo*, Allg. Teil I § 10 núm. 36; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 337 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 57; *Fiore*, L'azione pág. 271; *Gregori*, Adeguatezza sociale págs. 90 ss. No obstante, consideran la adecuación social como causa de justificación, *Otto*, Grundkurs pág. 66; *Klug*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 262; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 298 ss.; como causa de exclusión de la culpabilidad *Roeder*, Risiko pág. 94. Otros autores entienden que la teoría de la adecuación social es superflua; vid. *Gallas*, Beitrage pág. 37; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 181 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 150 ss.; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 29 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 70 antes del § 13; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 15 antes del § 32. *Peters*, Welzel-Festschrift pág. 427 critica que se atienda a la "reproducción normalizada de la acción" sin tener en cuenta la cualidad ética de ésta.

³² Véase, sin embargo, *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme págs. 93 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I 17 núm. 23; *Dölling*, ZStW 96 (1984) págs. 55 ss. Advirtiendo acertadamente de la disolución de las barreras de los tipos *Würtenberger*, Rittler-Festschrift pág. 129.

³³ Vid. *Roxin*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 313; *el mismo*, Allg. Teil I § 10 núm. 41; *Ostendorf*, GA 1982, págs. 344 ss. ("principio de insignificancia"); *Klug*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 262 ss. También *Welzel*, Lehrbuch pág. 54 considera a la adecuación social sólo como un "principio general de la interpretación"; igualmente, *Kienapfel*, Körperliche Züchtigung pág. 98. Ejemplos de restricciones especiales del tipo que no pueden ser reconducidas a través de la teoría de la adecuación social, los ofrecen los §§ 86 III, 86a III; vid. al respecto, BGH 23, 226 (228); BayObLG NJW 1962, 1878; *Greiser*, NJW 1969, pág. 1156.

§ 17 IV), mientras que la adecuación social permanece siempre como principio relativamente inseguro que, por este motivo, debe quedar siempre en último lugar³⁴.

Ejemplos: Las restricciones a la libertad del tráfico moderno no entran dentro del § 239 al no tener lugar en contra de la voluntad del interesado. Los alegatos satíricos en tiempo de carnavales no son manifestaciones de desprecio que se deban tomar en serio. El usual regalo de Navidad a los carteros no constituye la aceptación de una ventaja en el sentido del § 331 pues de este modo no se afecta a la incorruptibilidad de las acciones de los funcionarios públicos como bien jurídico protegido (vid., no obstante, el caso expuesto en *Peters*, *Welzel-Festschrift* pág. 426 nota a pie núm. 39). Las injurias a terceros en afirmaciones realizadas dentro de un estrecho círculo familiar no contienen un menoscabo de la reputación del interesado (§§ 185, 186). Los juegos de azar de escaso significado no entran dentro del § 284 pues con ellos no surge un peligro específico para las buenas costumbres y el patrimonio. Vestir uniformes durante representaciones teatrales o manifestaciones políticas no supone una transgresión del § 132 a I núm. 4 porque con ellas no se causa la impresión de que a la persona afectada le corresponde llevar el uniforme. Demasiado lejos fue, no obstante, la OLG Hamm NJW 1980, pág. 2537, que no consideró como delito de quebrantamiento de embargo (§ 136 I) a causa de su insignificancia, el traslado de bienes trabados por el mismo a otro lugar para que pudieran ser embargados por otro acreedor.

3. Sólo puede hablarse de la exclusión de la tipicidad de una acción por motivos derivados de su adecuación social cuando falta el contenido de injusto *típico*. Existen también algunas manifestaciones que poseen cierta similitud con la adecuación social pero que no pueden ser confundidas con ésta. Se trata de los casos de **colisión de intereses** que deben solucionarse de forma que el bien jurídico protegido debe ceder ante otro valor social, "pues toda vida social consiste en el uso y consumo de bienes jurídicos pues, en última instancia, toda vida consiste al mismo tiempo en el consumo de la vida misma"³⁵. En estos supuestos resultan aplicables causas de justificación (por ejemplo, estado de necesidad justificante, auxilio necesario, autorización oficial, consentimiento en lesiones corporales producidas en campos de juego a través de imprudencia leve con infracción del reglamento, consentimiento presunto, intervenciones basadas en las facultades del cargo) que se rigen por su propia regulación jurídica (vid. *infra* §§ 33 IV, 33 VI, 34 VII, 35).

³⁴ En este sentido, con razón, *Zipf*, *ZStW* 82 (1970) pág. 650.

³⁵ Así, *Welzel*, *ZStW* 58 (1939) pág. 515.

V. Tipo y principio “victimodogmático”

Amelung, Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, GA 1977, pág. 1; *R. Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; *W. Hassemer*, Rücksichten auf das Verbrechenopfer, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 217; *Hillenkamp* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *el mismo*, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; *Schünemann*, Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 (1978) pág. 11; *el mismo*, Zukunft der Viktimodogmatik, Festschrift für H. j. Faller, 1984, pág. 357; *el mismo*, Zur Stellung des Opfers in der Strafrechtspflege, NSTZ 1986, pág. 439; *Weigend*, Zukunftsperspektiven der Opferforschung, en: *Kaiser/Jehle* (Eds.), Kriminologie und Opferforschung, Tomo I, 1994, pág. 43.

1. En la doctrina moderna ha surgido el denominado *principio victimodogmático*. De acuerdo con el mismo, deben ser excluidas de los tipos penales por vía interpretativa aquellas clases de agresiones frente a las cuales la víctima, por sí misma, debería poder protegerse como quizás sucede en la protección del secreto, la estafa o el hurto³⁶. Y así, el Código penal francés de 1994 exige para la estafa (*escroquerie*) en su art. 313-1 “manoeuvres frauduleuses” u otros medios como la “mise en scène”, no conformándose con cualquier engaño sencillo a diferencia de lo que sucede con el § 263.

2. No obstante, una limitación de los tipos penales de esta naturaleza *no* resulta aceptable³⁷. Si se quisiera hacer desaparecer la protección penal garantizada por el legislador, a través de la delegación a la víctima de una supuesta autoprotección que, como tal, es absolutamente deseada por la criminalidad en un tiempo de crecimiento de las conminaciones penales, se producirían sin duda graves daños a la seguridad pública agravándose la desconfianza entre los destinatarios de las normas; muy al contrario, la protección penal debe reforzar la confianza recíproca y descargar a la vida social del temor frente a los delitos. Por estos motivos, la impunidad de la coacción por imprudencia de la autolesión ajena consciente debe ser restringida a casos excepcionales estrechamente limitados (vid. *infra* § 54 IV 3).

³⁶ De esta opinión *Amelung*, GA 1977, págs. 1 ss.; *R. Hassemer*, Schutzbedürftigkeit des Opfers págs. 99 ss.; *Schünemann*, ZStW 90 (1978) pág. 41; *el mismo*, Faller-Festschrift págs. 363 ss.; *el mismo*, NSTZ 1986, págs. 439 ss. En esta dirección también, *W. Hassemer*, Klug-Festschrift Tomo II págs. 220 ss.

³⁷ De acuerdo, *Hillenkamp*, Vorsatz págs. 63 ss.; *el mismo*, Der Einfluß des Opferverhaltens, 1983; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núms. 19 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 70b antes del § 13; *Weigend*, Opferforschung págs. 47 ss.

§ 26 La estructura de los tipos penales

Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Angioni*, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, 1980; *el mismo*, Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale, 2.^a Ed. 1994; *Arzt*, Anmerkung zu BGH 35, 257, StV 1989, 57; *Balog*, Rechtsgüter in Theorie und Praxis, Kriminalsoziologische Bibliographie, 1981, pág. 51; *Berz* Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, 1986; *Bettiol*, Das Problem des Rechtsguts in der Gegenwart, ZStW 72 (1960) pág. 276; *Birnbaum*, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens usw., Neues Archiv des Criminalrechts 15 (1834) pág. 149; *Blei*, Die Regelbeispieltechnik usw., Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 419; *Bloy*, Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes, ZStW 100 (1988) pág. 485; *Bohnert*, Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte, JuS 1984, pág. 182; *Brehm*, Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts, 1973; *Burgstaller*, Erfolgzurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten usw., Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 357; *Calliess*, Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" und Regelbeispiele, JZ 1975, pág. 112; *Canestrari*, L'illecito penale preterintenzionale, 1989; *Cortes Rosa*, Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90 (1978) pág. 413; *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; *Dahm*, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938) pág. 225; *Demuth*, Der normative Gefahrbegriff, 1980; *Díez Ripollés*, Die durch eine fahrlässig herbeigeführte schwerere Tatfolge qualifizierten Delikte usw., ZStW 96 (1984) pág. 1059; *Dolcini*, Dalla responsabilità oggettiva alla responsabilità per colpa, en: Problemi generali di diritto penale, 1982; *Dopsch*, Verzicht auf die Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, pág. 11; *Dreher*, Die erschwerenden Umstände im Strafrecht, ZStW 77 (1965) pág. 220; *Engelsing*, Eigenhändige Delikte, Strafr. Abh. Heft 212, 1926; *Engisch*, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 127; *Gallas*, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Festschrift für W. Graf Gleispach, 1936, pág. 50; *el mismo*, Abstrakte und konkrete Gefährdung, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 171; *Geilen*, Unmittelbarkeit und Erfolgssqualifizierung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 655; *Gössel*, Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 97; *el mismo*, Die Strafzumessung im System des Strafrechts, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 357; *Graul*, Anmerkung zu BGH JR 1992, pág. 342; *la misma*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 1; *Haffke*, Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz, JuS 1973, pág. 402; *Haft*, Eigenhändige Delikte, JA 1979, pág. 651; *Hanack*, Grenzen des Sexualstrafrechts, Gutachten A zum 47. DJT, 1968; *Hardwig*, Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1965, pág. 97; *V. Hassemer*, Delictum sui generis, 1974; *W. Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *el mismo*, Theorie und Soziologie des Verbre-

chens, 1973; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 19; *Henkel*, Recht und Wert, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 13; *Herzberg*, Eigenhändige Delikte, ZStW 82 (1970) pág. 896; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; *Hettinger*, Über den Begriff der minder schweren Fälle usw., 140 Jahre GA, 1993, pág. 77; *Hirsch*, Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972, pág. 65; *el mismo*, Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Tatbestand und schwerer Folge usw., Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 111; *el mismo*, Gefahr und Gefährlichkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 545; *Hirschberg*, Die Schutzobjekte der Verbrechen, Strafr. Abh. Heft 113, 1910; *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, 1919; *Horn*, Konkrete Gefährungsdelikte, 1973; *Hosni*, Zu den Grundlagen des islamischen Strafrechts, ZStW 97 (1985) pág. 609; *Hruschka*, Die Dogmatik der Dauerstraftaten usw., GA 1968, pág. 193; *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten, 1957; *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985) pág. 751; *Jescheck* (Ed.), Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährungs- und Unternehmensdelikte, ZStW Beiheft Göttingen, 1986; *Jiménez de Asúa*, L'infraction praeterintentionnelle, Rev sc crim 1960, pág. 567; *Arthur Kaufmann*, Anmerkung zu BGH 12, 146, JZ 1959, pág. 375; *Kempermann*, Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente, 1934; *Kindhäuser*, Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale, Jura 1984, pág. 465; *el mismo*, Gefährdung als Straftat, 1989; *Klee*, Verbrechen als Rechtsguts- und Pflichtverletzung, DStr 1935, pág. 1; *Kohlrausch*, Die Schuld, en: *Aschrott/v. Liszt* (Edrs.), Die Reform des Strafgesetzbuchs, Tomo I, 1910, pág. 179; *Kollmann*, Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus iuris canonici, ZStW 35 (1914) pág. 46; *Krehl*, Anmerkung zu BGH 33, 322, StV 1986, pág. 432; *Krey/Schneider*, Die eigentliche Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination usw., NJW 1970, pág. 640; *Küper*, Gefährdung als Erfolgsqualifikation? NJW 1976, pág. 543; *Küpper*, Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge usw., 1982; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 31, 96, JA 1983, pág. 229; *Kühlen*, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, pág. 347; *Kunert*, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; *Lackner*, Das konkrete Gefährungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *Lang-Hinrichsen*, Zur Frage der Grenzen staatlicher Normsetzung usw., Festschrift OLG Zweibrücken, 1969, pág. 85; *Laubenthal*, Der Versuch des qualifizierten Delikts usw., JZ 1987, pág. 1065; *v. Liszt*, Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8 (1888) pág. 133; *Lorenzen*, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981; *Lund*, Mehraktige Delikte, 1993; *Maiwald*, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 137; *el mismo*, Der Begriff der Leichtfertigkeit usw., GA 1974, pág. 257; *el mismo*, Zurechnungsprobleme im Rahmen erfolgsqualifizierter Delikte, JuS 1984, pág. 439; *el mismo*, Zur Problematik der "besonders schweren Fälle", NStZ 1984, pág. 433; *Marx*, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972; *Maurach*, Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen

usw., Materialien, Tomo I pág. 249; *Meyer-Gerhards*, Subjektive Gefahrmomente usw., JuS 1976, pág. 228; *Mezger*, Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände, Festschrift für L. Traeger, 1926, págs. 187 ss.; *Montenbruck*, Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle, NStZ 1987, pág. 311; *Moos*, Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Musco*, Bene giuridico e tutela dell'onore, 1974; *Nagler*, Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation, ZAK 1940, pág. 365; *Noll*, Begriff und Funktion der guten Sitten im Strafrecht, Festschrift OLG Zweibrücken, 1969, pág. 206; *Oebler*, Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung, 1950; *el mismo*, Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957) pág. 503; *Oppenheim*, Die Objekte des Verbrechens, 1894; *Otto*, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, en: *Müller-Dietz* (Ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pág. 1; *Padovani*, Appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva, Riv dir proc pen 1983, pág. 532; *Paeffgen*, Die erfolgsqualifizierten Delikte-eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktsgruppe? JZ 1989, pág. 227; *Parodi Giusino*, I reati di pericolo fra dogmatica e politica criminale, 1990; *Polaino*, El bien jurídico en el derecho penal, 1974; *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, 1993; *Puppe*, Anmerkung zu BGH 31, 96, NStZ 1983, pág. 22; *Rehberg*, Fremdhändige Täterschaft bei Verkehrsdelikten, Festgabe für H. Schultz, 1977, pág. 72; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte usw., 1986; *el mismo*, Der Große Senat entscheidet usw., StV 1992, pág. 496; *Roeder*, Der Unbegriff des "extranen" Täters und der "eigenhändigen" Delikte, JBl 1975, pág. 561; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS, 1966, 377; *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 151; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 26, 175, JR 1976, pág. 74; *Sax*, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, págs. 9, 80; *el mismo*, Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, JZ 1975, pág. 137; *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935; *el mismo*, Das Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStr 1937, pág. 335; *Schall*, Auslegungsfragen zu § 179 usw., JuS 1979, pág. 104; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; *Schmitt*, Juristische "Aufrichtigkeit" am Beispiel des § 243 StGB, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 313; *C. Schröder*, Zum Begriff des "Amtsträgers", NJW 1984, pág. 2510; *H. Schröder*, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte? JZ 1967, pág. 522; *el mismo*, Die Unternehmensdelikte, Festschrift für E. Kern, 1968, pág. 457; *el mismo*, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969) pág. 7; *Schroeder*, Die Gefährdungsdelikte, ZStW-Beiheft Caracas 1982, pág. 1; *Schubarth*, Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 85 (1973) pág. 754; *Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, págs. 435, 511, 575, 647, 715, 787; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", 1962; *Sowada*, Das "unechte Unternehmensdelikt"-eine überflüssige Rechtsfigur, GA 1988, pág. 195; *Spinellis*, Probleme des Hochverrats usw., ZStW 94 (1982) pág. 1080; *Tenckhoff*, Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW 88 (1976) pág. 897; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *Timpe*, Strafmilde-

rungen des Allgemeinen Teils usw., 1983; *Ulsenheimer*, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1966, pág. 257; *Wahle*, Zur strafrechtlichen Problematik "besonders schwerer Fälle" usw., GA 1969, pág. 161; *Weber*, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes usw., ZStW-Beiheft Göttingen, 1986, pág. 3; *Weigend*, Anmerkung zu OLG Zweibrücken vom 18.5.1989, NZV 1990, pág. 79; *Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 295; *el mismo*, Die Indizwirkung der Regelbeispiele usw., Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 423; *E. Wolf*, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931; *el mismo*, Der Sachbegriff im Strafrecht, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 44; *Wolter*, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, pág. 168; *el mismo*, Der "unmittelbare" Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge usw., GA 1984, pág. 443; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 33, 322, JR 1986, pág. 465; *Würtenberger*, Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, Strafr. Abh. Heft 326, 1933; *Zipf*, Dogmatische und kriminalpolitische Fragen bei § 243 II StGB, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 389.

El *tipo* de la acción punible nace por medio de la síntesis de aquellos elementos que fundamentan el contenido de injusto de la correspondiente figura de delito. Los componentes del tipo son el *bien jurídico*, el *objeto material*, el *autor*, la *acción* y el *resultado*, cada uno de ellos con sus elementos característicos propios. Mediante la conexión de los mismos en la configuración de los tipos penales, el legislador expresa el mandato normativo de la forma más sucinta posible.

I. Bien jurídico y objeto material

1. El punto de partida y la idea rectora de la formación del tipo es el **bien jurídico**. Los bienes jurídicos son intereses de la comunidad cuya protección garantiza el Derecho penal. La protección a través del Derecho penal significa que a través de las normas jurídicas son prohibidas, bajo la amenaza de una pena, aquellas acciones que son idóneas para menoscabar estos intereses de un modo especialmente peligroso (vid. *supra* § 1 III 1). El tipo parte, pues, de la norma y ésta lo hace del bien jurídico.

En la *historia de la Dogmática* el concepto de bien jurídico ya tuvo entrada a principios del siglo XIX¹. Bajo la influencia de la teoría del contrato social, la doctrina

¹ Vid. *Amelung*, Rechtsgüterschutz págs. 15 ss.; *W. Hassemer*, Theorie págs. 25 ss.; *Sina*, Dogmengeschichte págs. 14 ss. Sin embargo, la estructuración de la legislación penal sobre la base de los bienes jurídicos se remonta mucho más atrás vid. *Würtenberger*, System págs. 13 ss.; *Moos*, Verbrechensbegriff p. 514.

penal de la Ilustración entendió al delito como infracción de derechos subjetivos; por este motivo, *Feuerbach* se vio obligado a verificar la existencia en cada infracción penal un derecho subjetivo del individuo o del Estado como objeto de protección². Por el contrario *Birnbaum*, el fundador de la nueva teoría del bien jurídico, no divisó derecho alguno en el bien jurídico sino un bien material garantizado por el poder del Estado que podía corresponder al individuo o a la colectividad y que fue vislumbrado como algo susceptible de ser lesionado en un sentido natural³. Con *Binding* el concepto sufrió una primera depuración a través de la concepción del bien jurídico como una situación valorada por el legislador ("todo en lo que el legislador ha pensado como condición de una vida sana de la comunidad jurídica y es para ésta digna de valor"⁴). También *v. Liszt* trasladó el peso específico del concepto de bien jurídico desde el derecho subjetivo al "interés protegido jurídicamente" pero, a diferencia de *Binding* que sólo trató el bien jurídico de modo accesorio, vio en él el concepto central en la estructura del delito⁵. El gran proceso de transformación de la Dogmática penal en los años veinte de nuestro siglo, condujo a que el bien jurídico dejara de ser entendido en el sentido de un interés concreto preexistente a la norma; el bien jurídico se convirtió más bien en un simple medio de auxilio de la interpretación, en una "abreviatura de la idea del fin"⁶, en el "fin en su forma más concisa"⁷. La crítica que la Escuela de Kiel⁸ dirigió al supuesto fundamento "materialista" del concepto de bien jurídico trajo consigo un traslado del acento en la concepción básica del delito que, de la lesión del bien jurídico, pasa a convertirse en la *infracción de un deber*⁹. Actualmente, el concepto de bien jurídico y su función son discutidos sobre todo bajo un punto de vista de la justificación político-criminal de las disposiciones penales (vid. *infra* § 26 I 2). El bien jurídico no es idéntico al resultado típico. La lesión de aquél significa el menoscabo de la pretensión de validez de un valor ideal mientras que, por el contrario, el injusto del resultado consiste en la lesión o puesta en peligro del objeto material del delito. De ahí que, como sucedía en la tentativa punible, el completo menoscabo del bien jurídico ideal reside aquí también de un modo exclusivo en el injusto de la acción, aún cuando el injusto del resultado no llegue a materializarse.

2. El bien jurídico es reconocido como la base de la estructura y de la interpretación de los tipos. Su concepto, sin embargo, no debe ser equiparado con la ratio

² Vid. *Feuerbach*, Revision págs. 56, 65; Lehrbuch §§ 9, 21, 27.

³ *Birnbaum*, Neues Archiv des Criminalrechts 15 (1834) pág. 179. Sobre ello *Padovani*, Riv dir proc pen 1983, págs. 554 ss.

⁴ *Binding*, Normen Tomo I págs. 353 ss.

⁵ *v. Liszt*, ZStW 8 (1888) págs. 134 ss., especialmente en pág. 151.

⁶ *Grünhut*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 8.

⁷ *Honig*, Einwilligung pág. 94.

⁸ Vid. *Dahm*, ZStW 57 (1938) pág. 228; *Schaffstein*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung pág. 9; *el mismo*, DStr 1937, pág. 338; *Kempermann*, Die Erkenntnis des Verbrechens págs. 13 ss.

⁹ Vid., especialmente, *Gallas*, Gleispach-Festschrift págs. 54 ss.; *Klee*, DStr 1935, págs. 15 ss.

legis sino que debe poseer en sí mismo un decidido contenido real preexistente a la norma penal, ya que de lo contrario no podría cumplir con su función sistemática como criterio para el contenido, significado y delimitación de la disposición penal¹⁰. Según ello, el bien jurídico debe entenderse como un **valor abstracto del orden social protegido jurídicamente**, en cuya defensa está interesada la comunidad y cuya titularidad puede corresponder a un individuo o a la colectividad¹¹. La doctrina más moderna, con razón, pone de relieve que los bienes jurídicos no deben ser comprendidos como bienes materiales, sino que se trata de las relaciones de las personas con los intereses reales¹²; así sucede, por ejemplo, con la facultad de disposición de las cosas (propiedad), con la fiabilidad de los medios de prueba (autenticidad de documentos) o con la capacidad de funcionamiento del cuerpo y sus órganos (integridad corporal)¹³. *Schmidhäuser* ve en el bien jurídico la “pretensión de respeto” frente a cualquiera de los bienes sobre los que parte la vida en comunidad¹⁴. En la discusión relativa a los límites del merecimiento de pena, actualmente el concepto de bien jurídico sirve, de un lado, para limitar al Derecho penal a la sanción de los comportamientos *perjudiciales* (y no sólo incorrectos)¹⁵ y,

¹⁰ Vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 19 núm. 12; *Haft*, Allg. Teil págs. 73 ss.; *Nowakowski*, Grundriß págs. 27 ss.; *Haft*, Allg. Teil pág. 9; *Bettiol*, ZStW 72 (1960) pág. 285; *Roxin*, Allg. Teil I § 2 núm. 7.

¹¹ Más detalladamente, *Hirschberg*, Die Schutzobjekte págs. 68 ss. Como en el texto, *Baummann/Weber*, Allg. Teil págs. 139 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 89; *Krumpelmann*, Bagatelldelikte págs. 68 ss.; *Gössel*, Oehler-Festschrift págs. 101 ss.; *AK (Hassemer)* nota preliminar núm. 287 antes del § 1; *Roxin*, Allg. Teil I § 2 núm. 9; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 9 antes del § 13; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 14 antes del § 3. En este mismo sentido caminan la joven doctrina italiana y española; vid. *Musco*, Bene giuridico pág. 130; *Polaino*, El bien jurídico pág. 270. Sobre el concepto de valor *Henkel*, Schaffstein-Festschrift págs. 27 ss. Intentan determinar materialmente la noción de bien jurídico como base y límite de la Política criminal *Amelung*, Rechtsgüterschutz págs. 314 ss. y *W. Hassemer*, Theorie págs. 98 ss. No obstante, el legislador posee un amplio espacio de discrecionalidad en cuanto a la extensión de la protección penal, vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 11.

¹² *Rudolphi*, Honig-Festschrift pág. 163 (“unidades funcionales”); *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 8 antes del § 1; *Otto*, Rechtsgutsbegriff pág. 8; *el mismo*, Grundkurs págs. 6 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 2/5; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 19 núm. 12; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 210; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen pág. 115; *Marx*, Definition pág. 62.

¹³ De modo diverso al aquí expuesto *Amelung*, Rechtsgüterschutz págs. 350 ss., quien no basa la lesión del bien jurídico sobre un sistema de valores preexistente sino sobre “la sociedad como sistema de interacción”.

¹⁴ *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 36 ss.

¹⁵ Así, *Jäger*, Sittlichkeitsdelikte págs. 6 ss., 121 ss.; *Hanack*, 47. DJT, Tomo I Teil A págs. 28 ss.; *Noll*, Festschrift OLG Zweibrücken págs. 214 ss.; *Otto*, Rechtsgutsbegriff pág. 4; *Roxin*, JuS 1966, pág. 382; *el mismo*, Allg. Teil I § 2 núm. 12; *Rudolphi*, Honig-Festschrift pág. 161; *LangHinrichsen*, Festschrift OLG Zweibrücken pág. 108; *Amelung* y *Hassemer* (vid. *supra* nota a

de otro, para justificar la ampliación de la protección penal a los nuevos intereses sociales que van surgiendo (vgr., conservación del medio ambiente, capacidad funcional de la economía, conservación del material genético natural). A pesar de todo, nada puede ser inferido del concepto de bien jurídico para estas cuestiones político-criminales. Lo que resulta decisivo es la decisión político-jurídica para la que, desde luego, la Constitución contiene algunas ventajas (deber de protección del Estado, subsidiariedad del Derecho penal) (vid. BVerfGE 7, 389 [434 ss.] en relación con el § 175 en su redacción anterior; 39, 1 [42 ss.] sobre la “solución del plazo” de acuerdo con el § 218 a, en su redacción operada en BT-Drucks. 7/375; 88, 203 [264 ss.] acerca del § 218a 1¹⁶).

3. El concepto de bien jurídico tiene que cumplir en Derecho penal distintas **funciones**:

a) Los tipos delictivos están orientados hacia uno o varios bienes jurídicos. La cuestión de si existen disposiciones penales sin relación alguna con un bien jurídico y de si aquéllas serían admisibles desde una perspectiva liberal es negada mayoritariamente¹⁷. Sin embargo, en delitos como la provocación al escándalo público (§ 183 a), maltrato de animales (§ 17 TierSchG), afrentas a confesiones religiosas (§ 166), ofensas a la memoria de los fallecidos (§ 189) o las “mentiras sobre Auschwitz” (§ 130 III), los bienes protegidos tienen su **raíz exclusiva en las convicciones valorativas de la sociedad**. Desde luego que éstas también pueden definirse como bienes jurídicos pero su fundamento punitivo no se aloja en que el hecho sea socialmente dañoso, sino en el mantenimiento de determinadas convicciones de la moral social que, como tales, deben ser protegidas a través de la sanción penal¹⁸. Pero, con carácter general, el bien jurídico es el concepto central del tipo de acuerdo con el cual son determinados todos sus elementos objetivos y subjetivos y, con ello, simultáneamente, viene a ser un importante medio de ayuda del la **interpretación**¹⁹.

pie núm. 11). En contra de la aptitud del concepto de bien jurídico como principio crítico de la Política criminal *Balog*, Kriminalsoziologische Bibliographie 1981 págs. 61 ss.; *Angioni*, Bene giuridico pág. 94.

¹⁶ Téngase en cuenta la regulación del aborto en el StGB introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

¹⁷ Vid. *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 52; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 19 núm. 17; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 16 antes del § 3; *Wessels*, Allg. Teil núms. 6 ss.

¹⁸ Acertadamente, *Gallas*, Beiträge págs. 14 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 11 antes del § 11; *Amelung*, Rechtsgüterschutz pág. 346; *Jakobs*, Allg. Teil 2/19 ss.; *Bloy*, ZStW 100 (1988) pág. 492. Los valores morales gozan de una protección más profunda en Derecho islámico, vid. *Hosni*, ZStW 97 (1985) págs. 610 ss.

¹⁹ Sobre la base de la ausencia de una “lesión del bien jurídico merecedora de pena” basa *Sax*,

Ejemplos: En el hurto (§ 242) los bienes jurídicos protegidos son la propiedad y la posesión. Si está ausente la intención de apropiación sólo puede tenerse en cuenta el hurto de uso (por ejemplo, § 248b) y si falta la sustracción de la posesión puede existir, como mucho, una apropiación indebida (§ 246). El bien jurídico del § 142 es el interés en la cooperación en caso de accidente para el esclarecimiento de sus causas con la finalidad de asegurar las correspondientes aspiraciones indemnizatorias. De ahí que no se necesite esperar a la intervención de la policía, si a los otros implicados en el accidente se les ha suministrado las informaciones necesarias relativas a su identidad y a la de su vehículo, y no puede existir duda alguna sobre la responsabilidad civil por los hechos (OLG Zweibrücken NZV 1990, pág. 78, con comentario de Weigend).

b) Además de pieza básica en la estructura del tipo, el bien jurídico constituye un *punto de vista* decisivo para la *clasificación* de los distintos grupos de tipos penales (vgr., delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la seguridad del tráfico). Y más allá de este aspecto la ordenación global de las disposiciones penales en la Parte Especial (**orden legal**) sigue la idea básica de que, a través de la agrupación y clasificación de los bienes jurídicos, debe ser alcanzado un orden jerárquico de los valores protegidos²⁰. Las propias secciones de la Parte Especial del StGB se estructuran desde el punto de vista del bien jurídico correspondiente (vid. *infra* § 26 III).

c) Hay bienes jurídicos del individuo (**bienes jurídicos individuales**) (por ejemplo, vida, libertad y propiedad) dentro de los cuales forman un subgrupo aquellos que poseen un **contenido eminentemente personal** (así, integridad corporal, honor), así como bienes de la colectividad (**bienes jurídicos universales**) (vgr., la protección de secretos de Estado, la seguridad de la circulación vial, la autenticidad del dinero). La distinción tiene relevancia, por ejemplo, para la admisibilidad de la legítima defensa (vid. *infra* § 32 II 1b) al igual que para la posibilidad de que el sujeto afectado de una forma inmediata por el hecho, pueda consentir eficazmente en la lesión del bien jurídico (vid. *infra* § 34 II 3). Asimismo, el bien jurídico tiene relevancia para el concepto de la acción continuada (vid. *infra* § 66 V 3b) y para la determinación del "ofendido" en el sentido de las disposiciones de Derecho procesal penal (vid., por ejemplo, § 77 StGB, §§ 22 núm. 1, 172, 374 y 395 StPO) que depende de quien sea el titular del bien jurídico protegido (vid., además sobre el ámbito de protección de las normas penales en relación a los bienes jurídicos extranjeros *supra* § 18 III 8).

JZ 1976, págs. 12 ss., 80 ss., así como en JZ 1975, págs. 144 ss., su interpretación restringida de los tipos como, por ejemplo, el auxilio al suicidio y la interrupción anticipada de un tratamiento intensivo.

²⁰ Con más detalle sobre la cuestión Oehler, Legalordnung págs. 2 ss.

4. Los bienes jurídicos no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido, sino que son **valores espirituales del orden social** sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad. Por el contrario, el objeto *real* sobre el que se lleva a cabo la acción típica se denomina **objeto material de la acción (o del ataque)**²¹. El objeto material puede aparecer de diferentes formas: como unidad psíquico-corporal (cuerpo o vida de una persona), como valor social (fama o crédito del injuriado), como valor económico (patrimonio), como cosa (pieza de caza) o como una situación real (utilidad de un objeto). El bien jurídico y el objeto material están relacionados como la idea y su manifestación, pero conceptualmente no deben confundirse. En el hecho el injusto del resultado reside en el menoscabo real del objeto material. Por el contrario, el bien jurídico como valor ideal que es está sustraído a la intervención del autor; puede, ciertamente, ser despreciado y también atacado en su materialización a través del objeto de la acción pero, en realidad, nunca puede ser “lesionado”.

Ejemplos: En la resistencia frente al poder del Estado (§ 113) el bien jurídico protegido es la inalterabilidad de la actividad ejecutiva del Estado, incluida la seguridad de sus órganos ejecutivos. En el hurto (§ 242) lo son la propiedad y la posesión. El objeto material es la cosa sustraída. En el allanamiento de morada (§ 242) el bien jurídico protegido es el derecho al domicilio y el objeto del ataque es la localización espacial invadida por el autor.

II. Las clases de tipos penales

En las disposiciones de la Parte Especial se contiene el tipo penal como núcleo portador contenido de injusto de la correspondiente figura de delito. En su estructura los tipos siguen ciertas reglas que se derivan de las distintas posibilidades de ordenación de sus elementos estructurales. De este modo surgen las distintas **clases de tipos**²² que en el uso del lenguaje jurídico-penal poseen un lugar sólido y poseen importancia para la clasificación e interpretación de las disposiciones penales.

²¹ La expresión se remonta a *Oppenheim*, *Objekte des Verbrechens* pág. 154. Vid. sobre ello *AK (Hassemer)* nota preliminar núm. 264 antes del § 1; *Baumann/Weber*, *Allg. Teil* pág. 140; *Roxin*, *Allg. Teil I* § 2 núm. 24; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 19 núms. 14 ss.; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* págs. 37 ss. (quien introduce una distinción adicional entre el “objeto del bien jurídico” y “objeto del hecho” [aplicada en BGH NStZ 1987, págs. 504 ss.]); *Stratenwerth*, *Allg. Teil I* núms. 209 ss.

²² Vid., especialmente, *E. Wolf*, *Typen der Tatbestandsmäßigkeit* págs. 12 ss. El “Tatbestand” no es solamente en sí mismo un “Typus” en el sentido de *Hassemer*, *Tatbestand* pág. 111, sino que los “Tatbestände” también muestran elementos comunes del “Typus”.

1. Por la relación entre la acción y el objeto material se distingue entre *delitos de resultado* y de *(simple) actividad*.

a) Los **delitos de resultado** presuponen la existencia en su tipo de una acción diferenciable en el espacio y en el tiempo del objeto material²³. En realidad, también la acción misma puede ser considerada como una clase de “resultado” al ser el efecto de un impulso de la voluntad del autor, de ahí que se haya diferenciado entre un resultado en sentido amplio y estricto²⁴. Pero sólo el resultado en sentido estricto tiene un significado dogmático pues sólo en relación a él se plantea el problema de la relación de causalidad (vid. *infra* § 28 I 1).

Ejemplos: Delitos de resultado son el homicidio doloso e imprudente (§§ 212, 222), la injuria al ser exigido el requisito de la comunicación de la afirmación lesiva del honor (§§ 185 ss.), la provocación al escándalo público (§ 183 a), el hurto al ser necesaria la sustracción posesoria (§ 242), la estafa por la presencia del perjuicio patrimonial (§ 263), la puesta en peligro del tráfico viario por la producción de un riesgo para el cuerpo o la vida u otros valores materiales de importancia (§ 315 c).

Un grupo especial de delitos de resultado de gran dificultad teórica y de notable importancia práctica viene constituido por **delitos cualificados por el resultado**; a éstos pertenecen las lesiones corporales a las que se anudan graves consecuencias (§ 224) o producen la muerte (§ 226²⁵), el robo con homicidio (§ 251) o la inundación imprudente con resultado de muerte (§ 314²⁶). En estos casos, determinadas acciones que ya de por sí resultan punibles, se conminan con una pena esencialmente superior al hecho básico a causa de la especial peligrosidad que les es inherente, cuando el peligro típico conectado con el hecho se materializa en un resultado lesivo. Asimismo, junto a los verdaderos delitos cualificados por el resultado existen también supuestos tasados que prevén cualificaciones por el resultado (por ejemplo, §§ 310 b III²⁷, 330 IV 2 núm. 2).

Los delitos cualificados por el resultado se remontan a la teoría del “versari” del Derecho canónico (“Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto”), que se ha mantenido en el “dolus generalis”, la “culpa dolo determinata” y el

²³ Mostrando la distinción entre el resultado y la acción, especialmente H. Mayer, Lehrbuch pág. 127. Vid., además, Roxin, Allg. Teil I § 10 núms. 102 y 104; Jakobs, Allg. Teil 6/ 78; Schmidauser, Allg. Teil págs. 213 ss.; Wessels, Allg. Teil núms. 21 ss.

²⁴ Así, Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 201; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 20 núm. 27.

²⁵ Actualmente, las lesiones corporales con resultado de muerte aparecen reguladas en el § 227 StGB (N del T).

²⁶ De acuerdo con el Derecho vigente la referencia debe entenderse realizada *mutatis mutandis* al § 313 II en conexión con el § 308 apartados II a VI StGB (N del T).

²⁷ Véase el vigente § 307 III StGB (N del T).

"dolus indirectus" del Derecho común²⁸. En el RStGB de 1871 la agravación de la pena fue conectada exclusivamente al acaecimiento del resultado, con independencia de si el autor pudo preverlo. En la doctrina se intentó atenuar la severidad en la imputación del resultado basado en el principio puramente causal de la teoría de las condiciones, a través de la introducción de la idea de adecuación²⁹ que también jugó un cierto papel en los trabajos para la reforma del Derecho penal³⁰.

La aplicación del principio de culpabilidad a los delitos cualificados por el resultado trajo consigo en el año 1953 la introducción novedosa del § 53 (actual § 18), que prescribía que sólo resultaba aplicable al autor una pena especialmente grave conectada con el resultado del hecho si, al menos, la consecuencia producida le es imputable a título de imprudencia^{31 32}. Naturalmente, la imprudencia en los

²⁸ Acerca de la teoría del "Versari", *Kollmann*, ZStW 35 (1914) págs. 46 ss.; sobre la "culpa dolo determinata", *Feuerbach*, Lehrbuch 13.^a Ed., pág. 105; en relación con el "dolus indirectus" *Moos*, Verbrechensbegriff págs. 138 ss., 248 ss. (respecto a Austria); sobre el origen de la responsabilidad por hechos fortuitos en el RStGB, *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte págs. 30 ss.

²⁹ Así, por ejemplo, *Kohlrausch*, Die Schuld pág. 223.

³⁰ Acerca de este desarrollo vid. *Müller-Dietz*, Schuldgedanke págs. 16 ss. A favor del mantenimiento de los delitos cualificados por el resultado *Hirsch*, GA 1972, pág. 77; *Oehler*, ZStW 69 (1957) págs. 512 ss.; *Hardwig*, GA 1965, pág. 99; *Ulsenheimer*, GA 1966, págs. 266 ss.; *Hruschka*, GA 1967, págs. 42 ss.; *Küpper* Der "unmittelbare" Zusammenhang págs. 32 ss.; *Wolter*, JuS 1981, pág. 169; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte pág. 291; una exposición del los tipos puede encontrarse en *LK (11.^a) (Schroeder)* § 18 núm. 12. Se muestran partidarios de su derogación *Schubarth*, ZStW 85 (1973) pág. 775; *Lorenzen*, Erfolgsqualifizierte Delikte págs. 87 ss., 164 ss.; *Diez Ripollés*, ZStW 96 (1984) págs. 1065 ss. Vid. también AE, Bes. Teil, 1. Halbbd. 1970, pág. 45.

³¹ La producción de un simple "peligro" (por ejemplo, §§ 113 II núm. 2, 125a núm. 3, 250 I núm. 3 StGB [la remisión a este último precepto debe entenderse realizada actualmente al § 250 I 1c y II 3b, N del T], § 29 III núm. 2 BtMG) no es un resultado lesivo en el sentido del § 18, a causa de que en los delitos mencionados el resultado de peligro debe ser ocasionado dolosamente (BGH 26, 176 [180 ss.]; 26, 244 ss.); vid. *Küper*, NJW 1976, págs. 545 ss.; *Meyer-Gerhards*, JuS 1976, 230 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 250 núm. 24; *Jakobs*, Allg. Teil 9/30; de otra opinión *Dreher/Tröndle*, § 18 núm. 2.

³² También el Derecho penal austríaco, suizo y español conocen los delitos cualificados por el resultado en este sentido. El § 18 se corresponde con el § 7 II StGB austríaco y el art. 1 II 2 Cp [En el Código penal de 1995 han desaparecido —salvo error u omisión— la totalidad de los delitos cualificados por el resultado; de ahí que el texto punitivo vigente ya no necesite de un precepto similar al art. 1, párrafo segundo, CPTR 73; sí existen, no obstante, delitos que prevén como "resultado" cualificado la producción de un peligro adicional; cfr., por ejemplo, el art. 325 *in fine* (N del T)]. En Suiza el elemento de la previsibilidad individual está contenida en las propias disposiciones penales afectadas. Acerca del Derecho austríaco con exposición de ejemplos *Burgstaller*, *Jescheck-Festschrift* Tomo I págs. 357 ss. Promoviendo para el Derecho penal italiano una regulación que se corresponda con el § 18, *Dolcini*, *Dalla responsabilità oggettiva* págs. 255 ss.

delitos cualificados por el resultado se reduce a la previsibilidad de éste (vid. *infra* § 55 II 3) pues los otros elementos de la imprudencia ya están contenidos en la comisión del delito básico (BGH 24, 213 [215]). Por esta razón la jurisprudencia se ha esforzado en restringir la imputación objetiva del resultado más grave a los casos en los que éste es consecuencia *inmediata* de la comisión del delito básico, ya que el motivo para la agravación de la pena reside sólo en la realización del peligro específico adherido a dicho delito básico (vid. *infra* § 28 IV 7)³³.

Ejemplos: Para la aplicación del § 226³⁴ no es suficiente con que en la huida la víctima sufra una caída de consecuencias mortales (BGH NJW 1971, pág. 152), para el § 251 tampoco lo es el accidente mortal que padece la persona robada en su persecución del ladrón (BGH 22, 362), en el § 307 núm. 1³⁵ cuando la muerte del morador no es causada por el incendio sino por la explosión de material incendiario (BGH 20, 230). Por el contrario, el § 226³⁶ fue aplicado al intensamente discutido "caso de la cacería" donde la causación dolosa de una fractura ósea condujo a la muerte de la víctima al complicarse en el hospital con una embolia vinculada con una neumonía, porque fueron omitidas contramedidas eficaces (BGH 31, 96 [98 ss.] con comentarios de *Puppe*, NStZ 1983, págs. 22 ss. y *Hirsch*, JR 1983, pág. 78)³⁷. El § 239 b II en conexión con el § 239 a II resultan de aplicación cuando la muerte del rehén es consecuencia de una acción destinada a su liberación, pero no cuando su fallecimiento sucede por desconocimiento de la situación por parte de la policía (BGH 33, 322 con comentario de *Krehl*, StV 1986, pág. 432 y *Wolter*, JR 1986, págs. 465 y 468 ss. quienes se manifiestan en contra de la segunda parte de la sentencia). Además, el § 226³⁸ resulta aplicable cuando la víctima, en una situación de torpeza producida por los graves maltratos que sufría, cae mortalmente desde una ventana (BGH JR 1992, pág. 342 con comentario de *Graul*).

Cada vez con más frecuencia, el legislador exige en los delitos cualificados por el resultado la temeridad como forma más grave de manifestación de la imprudencia (vgr., §§ 176 IV³⁹, 177 III⁴⁰, 218 II núm. 2, 239 a II⁴¹, 251)⁴². Acerca

³³ Para más detalles *Oehler*, ZStW 69 (1957) págs. 508 ss.; *Wolter*, GA 1984, págs. 443 ss.; *Geilen*, Welzel-Festschrift págs. 655 ss.; *Hirsch*, Oehler-Festschrift págs. 111 ss.

³⁴ Actual § 227 StGB (N del T).

³⁵ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306b II núm. 1 (N del T).

³⁶ Vid. nota a pie núm. 34 (N del T).

³⁷ Críticamente al respecto, *Maiwald*, JuS 1984, págs. 439 ss.; *Küpper*, JA 1983, págs. 229 ss.

³⁸ Vid. nota a pie núm. 34 (N del T).

³⁹ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 176b (N del T).

⁴⁰ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 178 (N del T).

⁴¹ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 239 a III (N del T).

⁴² Al respecto, *Maiwald*, GA 1974, págs. 265 ss. Defienden la introducción del requisito de la imprudencia temeraria en todos los delitos cualificados por el resultado de muerte *Rengier*,

del concepto de la imprudencia temeraria vid. *infra* § 54 II 2. Las dificultades surgidas en la determinación de la pena y del castigo de la tentativa en los casos donde existe *dolo* de matar al faltar en estas disposiciones la expresión “al menos” contenida en el § 18, ha conducido al Pleno de la Sala de lo Penal del BGH a la decisión de que en estos casos el tipo del delito cualificado por el resultado comprende también la producción dolosa del resultado mortal (BGH-GS 39, por encargo de la BGH 26, 175)⁴³.

Los delitos cualificados por el resultado son tipos penales que poseen una combinación especial entre el dolo y la imprudencia: el delito básico doloso (que, excepcionalmente, también puede ser imprudente) es como tal punible mientras que el acaecimiento del resultado agrava la punibilidad (combinación *impropia* de dolo e imprudencia). En otros casos (por ejemplo, § 315 c III núm. 1 en combinación con el § 315 c I núm. 1b), por el contrario, la parte dolosa del hecho no es punible autónomamente sino que el umbral de la punibilidad sólo se atraviesa con la realización de su parte imprudente (combinación *propia* entre dolo e imprudencia) (sobre la cuestión vid. *infra* § 54 III 1)⁴⁴.

Los delitos cualificados por el resultado deben distinguirse de los tipos en los que este último despliega un efecto *fundamentador* de la responsabilidad penal. En estos supuestos el resultado es una condición objetiva de punibilidad (vid. *infra* § 53 II a) y, al mismo tiempo, una causa de limitación de la pena pues sólo con el acaecimiento de aquél la acción básica pasa a ser punible (vid., por ejemplo, §§ 227 I⁴⁵, 320⁴⁶ y 323 a)⁴⁷.

Erfolgsqualifizierende Delikte pág. 292; Wolter, JuS 1981, pág. 178 nota a pie núm. 151; Roxin, Allg. Teil I § 10 núm. 111. Acerca del desacostumbrado carácter del marco penal de los delitos cualificados por el resultado Jakobs, Allg. Teil 9/ 37.

⁴³ Tal y como hasta ahora propugnaron Dreher/Tröndle, § 18 núm. 5; Laubenthal, JZ 1987, pág. 1068; Paeffgen, JZ 1989, pág. 223, la expresión “al menos” del § 18 se extiende a todos los casos en los que el límite de la imputación fue elevado hasta el grado de la imprudencia temeraria. A través de la decisión del Pleno de la Sala, se ha acabado con la solución de la *anterior edición* de esta obra (pág. 236) que pretendía la supresión del límite mínimo de la pena para los supuestos de producción por imprudencia temeraria del resultado de muerte (asimismo, Tenckhoff, ZStW 88 [1976] pág. 914). Lackner, § 251 núm. 4 acoge esta postura al estimar que la decisión del Pleno infringe la barrera inequívoca del tenor literal. Evidentemente, existe no obstante un error de redacción (vid. *supra* § 17 IV 5) que puede ser corregido por la jurisprudencia. En contra también de la solución del Pleno de la Sala, Rengier, StV 1992, págs. 496 ss.

⁴⁴ Con mayor detenimiento al respecto Krey/Schneider, NJW 1970, págs. 640 ss.; LK (11.^a) (Schroeder) §18 núm. 5.

⁴⁵ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 231 I (N del T).

⁴⁶ La remisión al § 320 debe entenderse realizada en la actualidad al § 318 VI y al § 314 II en conexión con el § 308 V y VI (N del T).

⁴⁷ A favor de una aplicación analógica (in bonam partem) del § 18 al supuesto del § 227, Hirsch, GA 1972, pág. 77 y LK (10.^a) (Hirsch) § 227 núms. 1 y 15.

Aquellos delitos de resultado en los que su efecto permanece durante un cierto espacio de tiempo pueden dividirse a su vez en delitos permanentes y delitos de estado. En los **delitos permanentes**⁴⁸ el mantenimiento de la situación anti-jurídica creada por la acción punible depende de la voluntad del autor, de modo que en cierta medida el hecho se renueva permanentemente (vgr., detenciones ilegales del § 239; puesta en peligro de la circulación vial a causa de la embriaguez del § 315c I núm. 1 a —vid. BGH 22, 67 [71]— o del § 316 —vid. BGH VRS 48, pág. 354—). En los **delitos de estado** el resultado consiste igualmente en la producción de una situación antijurídica, pero con el ocasionamiento de este último el hecho está jurídicamente consumado (por ejemplo, usurpación del estado civil del § 169, bigamia del § 171⁴⁹ o los daños materiales del § 303)⁵⁰.

b) Por el contrario, en los **delitos de actividad** el tipo de injusto se agota en la acción del autor sin que el resultado (en el sentido de un efecto externo diferenciable espacio-temporalmente) deba sobrevenir.

Ejemplos: La mayoría de las infracciones sexuales son delitos de actividad (§§ 174 ss.), así como la apropiación indebida (§ 246) y el falso testimonio (§ 154).

c) El **resultado típico** debe distinguirse del **menoscabo del bien jurídico protegido**. El primero supone la lesión o puesta en peligro del objeto material separable de la acción en una dimensión espacial y temporal, mientras que la lesión del bien jurídico afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de validez que posee el valor protegido por la disposición penal⁵¹. También los delitos de actividad contienen, pues, una lesión del bien jurídico.

2. De acuerdo con la intensidad del menoscabo al objeto material se distingue entre **delitos de lesión y delitos de peligro (concreto)**⁵². En los primeros

⁴⁸ Para más detalles *Hruschka*, GA 1968, págs. 193 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 6/80.

⁴⁹ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 172 (N del T).

⁵⁰ Un significado práctico para el concurso de delitos y la prescripción tiene la determinación de aquel momento hasta el cual resulta admisible la complicidad; dicho momento fue decisivo para negar la punibilidad de un alto funcionario del gobierno acusado de complicidad en un delito de alta traición durante su permanencia al servicio de la dictadura en Grecia; vid. *Spinellis*, ZStW 94 (1982) págs. 1094 ss.

⁵¹ Con más detenimiento *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 9 antes del § 13; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 37 y 205.

⁵² Vid. *Binding*, Normen Tomo I págs. 364 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 20 núm. 31; *Jakobs*, ZStW 97 (1985) págs. 767 ss.; *Schünemann*, JA 1975, pág. 793.; *Kindhäuser*, Gefährdun págs. 189 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 122 ss.; *Schroeder*, ZStW Beiheft Caracas, 1982, págs. 1 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 25 ss.; *Weber*, Vorverlegung des Strafrechtsschutzes, ZStW Beiheft Göttingen, 1987, págs. 11 ss. con colaboraciones adicionales sobre Austria (*Platzgummer*) pág.

el tipo presupone un perjuicio en el objeto material protegido mientras que en los segundos es suficiente el riesgo de su lesión como resultado de la acción⁵³. El acaecimiento del peligro es un elemento del tipo y tiene que ser verificado en el caso concreto⁵⁴. El *concepto de peligro* es difícil de determinar y muy discutido⁵⁵. Según la jurisprudencia el peligro es una situación desacostumbrada e irregular en la que, para un juicio especializado, “de acuerdo con las circunstancias concretas imperantes aparece como probable la producción de un daño o está próxima la posibilidad del mismo” (RG 30, 178 [179]; BGH 8, 28 [32 ss.]; 13, 66 [70]; 18, 271 [272 ss.]).

Ejemplos: Son delitos de lesión el homicidio (§ 212), los daños materiales (§ 303) o la provocación de escándalo público (§ 183 a). El incendio básico (§ 308)⁵⁶ es un delito de peligro en su primera modalidad mientras que en la segunda es un delito de peligro (abstracto). Delitos de peligro concreto son el abandono de personas (§ 221), la producción de un peligro de incendio (§ 310 a)⁵⁷ y los delitos de tráfico (§§ 315-315c).

Los **delitos de peligro abstracto** deben diferenciarse de aquellos que materializan un peligro concreto. Aquéllos son delitos de actividad cuyo merecimiento de pena descansa sobre la *peligrosidad general* de la acción típica para determinados bienes jurídicos. El acaecimiento del peligro mismo no pertenece aquí al tipo; pero al comportamiento correspondiente “le es típicamente propia la producción de un peligro concreto”⁵⁸. Según ello, los indicios de la peligrosidad están fijados

37; Italia (*Grasso*) pág. 57; Hungría (*Györgyi*) pág. 97; Polonia (*Spotowski*) pág. 125 y un informe sobre la discusión (*Maier*) pág. 141. Sobre los delitos de peligro desde una perspectiva de Derecho comparado *Parodi Giusino*, I reati di pericolo págs. 217 ss. Acerca del fundamento de los delitos de peligro ante la exigencias de seguridad de la sociedad *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit págs. 70 ss.

⁵³ Vid. *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt pág. 7.

⁵⁴ Acerca del dolo de peligro vid. vgl. BGH 22, 67 (73 ss.); sobre el juicio de peligro *Gallas*, Heinitz-Festschrift págs. 177 ss.

⁵⁵ En relación con el concepto de peligro vid. *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdelikt págs. 16 ss.; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte págs. 143 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 207 ss.; *Schünemann*, JA 1975, págs. 793 ss.; *Demuth*, Der normative Gefahrbegriff pág. 218; *Angioni*, Il pericolo concreto págs. 121 ss. *Hirsch*, Arthur Kaufmann-Festschrift págs. 557ss. distingue con acierto entre el *peligro* al que es sometido el objeto material y la *peligrosidad* de una acción que puede materializarse de un modo abstracto o concreto.

⁵⁶ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306 (N del T).

⁵⁷ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306f (N del T).

⁵⁸ Vid., con más detalle, *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand págs. 68 ss.; *Bohnert*, JuS 1984, págs. 182 ss.; *Jakobs*, ZStW 97 (1985) págs. 767 ss.; *Kindhäuser*, Gefährdung págs. 225 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 6/86 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 11 núm. 119; *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte págs. 140 ss. (acerca de su fundamento).

en la Ley misma mientras que en los delitos de peligro concreto el advenimiento éste como elemento del tipo debe ser comprobado por el juez. También son delitos de peligro abstracto aquellos tipos en los que la determinación de la peligrosidad general de la acción se abandona al criterio del juez, a través del elemento de la "aptitud" de aquélla para producir un resultado determinado (vgr., §§ 186, 187, 229⁵⁹ y 308⁶⁰ en su segundo inciso; § 8 en conexión con el § 51 núm. 1 LMBG)⁶¹. A pesar de que la existencia de un peligro concreto no pertenece al tipo de los delitos de peligro abstracto, y de conformidad con una amplia opinión de la doctrina, decae su punibilidad si el peligro para el objeto material protegido por el tipo (por ejemplo, la vida de la persona en el § 306 núm. 2⁶²) estaba *absolutamente excluido*⁶³. Sin embargo y con razón, la jurisprudencia se ha mostrado cauta frente a esta posibilidad (BGH 23, 308 [311]; 23, 313 [315 ss.]; 26, 121 [124]; BGH NJW 1982, pág. 2329). No obstante, el propio legislador la admite en un principio tal y como sucede en la cláusula de peligrosidad mínima del § 326 V⁶⁴.

⁵⁹ La modalidad de lesiones producidas a través del envenenamiento regulada anteriormente en el § 229 StGB ha desaparecido en la actualidad; el § 224 I 1 sí recoge, en cambio, como "lesión corporal peligrosa" la que se causa a través de veneno u otras sustancias peligrosas para la salud, pero este precepto ya no alude expresamente en su tenor literal a la "idoneidad" de la acción peligrosa, aunque este elemento podría entenderse ínsito en la expresión "perjudicial para la salud" (N del T).

⁶⁰ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306, aunque este precepto ya no recoge la modalidad que servía al ejemplo propuesto en el texto original (N del T).

⁶¹ Así, Gallas, Heinitz-Festschrift págs. 174 ss. en contra de Schröder, JZ 1967, pág. 22; sobre ello, además, Schröder, ZStW 81 (1969) págs. 18 ss. En el sentido del texto Roxin, Allg. Teil I § 11 núm. 127. Acreca de la crítica a los delitos de peligro abstracto Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit págs. 109 ss. y Prittwitz, Strafrecht und Risiko págs. 246 ss. En contra, con razón, Kuhlen, GA 1994, págs. 362 ss.

⁶² La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306 a I 1 (N del T).

⁶³ Acerca de la posibilidad de una "prueba contraria que evidencie la inocuidad" de la conducta, Cramer, Vollrauschtatbestand págs. 55 ss.; Schröder, ZStW 81 (1969) págs. 15 ss.; Schönkel/Schröder/Cramer, nota preliminar núm. 3a antes del § 306; Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 135; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 255 nota a pie núm. 74; Schünemann, JA 1975, págs. 797 ss. En el supuesto en que concurra una absoluta exclusión del perjuicio, Berz, Tatbestandsverwirklichung págs. 116 ss. acepta la exclusión del tipo; por el contrario, con acierto, Graul, Abstrakte Gefährdungsdelikte págs. 355 ss. sostiene una simple exclusión de la pena puesto que el injusto del hecho no decae completamente, sino que tan sólo ha bajado por debajo del límite del merecimiento de pena. Con razón, sin embargo, quiere excepcionar Brehm, Gefährdungsdelikte págs. 139 ss., la posibilidad de una prueba contraria en las normas que poseen una "función" puramente "organizadora" como, por ejemplo, las disposiciones sobre el tráfico vial; y es que en estos casos las transgresiones no pueden quedar impunes bajo ninguna circunstancia.

⁶⁴ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 326 VI (N del T).

Ejemplos: Son delitos de peligro abstracto la difamación y la calumnia (§§ 186, 187) porque las afirmaciones sobre hechos sólo deben ser idóneas para desacreditar al ofendido frente a la opinión pública o para poner en peligro su crédito, los delitos de falso testimonio (§§ 153 ss.) al ser sólo exigible una posible puesta en peligro de la Administración de Justicia, el encubrimiento real (§ 257) debido a la aptitud de la prestación de auxilio para producir un aseguramiento del provecho delictivo, la embriaguez plena (§ 323 a) por la desaparición del patrimonio inhibitorio del embriagado ante la comisión del delito, el incendio (§ 306 núm. 2)⁶⁵ a causa de su peligrosidad general para la vida de las personas y el delito de conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas (§ 316) por la mera peligrosidad para las otras personas que toman parte en el tráfico vial.

3. De acuerdo con las dos formas básicas del comportamiento humano, la actividad y la pasividad, se distingue entre **delitos de comisión y delitos de omisión** (vid. *infra* § 58 II 1). De modo correlativo a los delitos de resultado y de actividad aquí existen *delitos de omisión propia e impropia*. Estos últimos consisten en no evitar el acaecimiento del resultado típico frente a la vigencia de un deber de garante, mientras que los primeros se fundan en la mera permanencia inactiva frente al mandato normativo de intervención que impone una disposición. En tanto que, por su propia definición, los delitos de omisión propia deben estar siempre contenidos en la Ley, en cambio y de conformidad con el § 13, la mayoría de los delitos de omisión impropia se configuran a través de la interpretación de los tipos que contienen delitos de comisión ya que tan sólo algunos de aquéllos han sido regulados expresamente por el legislador (vid. más detalladamente *infra* § 58 III 4)⁶⁶.

Ejemplos: Delitos de omisión propia son la omisión de la denuncia de delitos cuya comisión es inminente (§ 138), la omisión del deber de socorro (§ 323c), la omisión de colaboración debida en el proceso penal (§ 40 WStG). Delitos de omisión impropia asumidos explícitamente por el legislador son la infracción del deber de tutela y de educación (§ 170d)⁶⁷, la producción de un perjuicio a la salud a través de la desatención del deber de cuidado (§ 223b en su último caso)⁶⁸ y la deficiente inspección jerárquica (§ 41 WStG).

4. Según el número de bienes jurídicos protegidos por la disposición penal existen **delitos simples y delitos compuestos**. Con carácter general los tipos sólo

⁶⁵ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306 I 1 (N del T).

⁶⁶ Coincidiendo con la opinión del texto *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 132 ss., 151 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 20 núm. 26; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 654 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 34 ss.

⁶⁷ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 171 (N del T).

⁶⁸ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 225 I 4 (N del T).

protegen un bien jurídico (vgr., la integridad corporal en el § 223). Sin embargo, hay disposiciones en las que son varios los bienes jurídicos tutelados. Y así, el hurto (§ 242) se dirige contra la propiedad y la posesión, el robo (§ 249) contra la libertad, la propiedad y la posesión, y la extorsión (§ 253) contra la libertad y el patrimonio. También los delitos cualificados por el resultado (vid. *supra* § 26 II 1 a) son por regla general delitos compuestos como, por ejemplo, las lesiones corporales con resultado de muerte (§ 226)⁶⁹.

5. De acuerdo con el número de acciones recogidas en el tipo se diferencia entre **delitos de un solo acto o de varios actos**. Ejemplo de los primeros son el homicidio (§ 212) y la coacción (§ 240). Los segundos, sin embargo, están compuestos de diversas acciones⁷⁰. Y así, el robo impropio se compone de una sustracción consumada y de una coacción cualificada (§ 252) y esta última junto con la ejecución del yacimiento extramarital integran el delito de violación (§ 177)⁷¹. Una posición intermedia entre estas dos clases de delitos viene a ser ocupada por los **tipos mixtos alternativos**. En este grupo la Ley previene la posibilidad de aplicar distintas acciones opcionales que se encuentran sometidas a la misma conminación penal; así sucede, por ejemplo, con las lesiones corporales peligrosas que pueden ser cometidas por medio de armas, asalto alevoso, conjuntamente por varias personas o con una intervención que ponga en peligro la vida de la víctima (§ 223 a)⁷². Pero también los resultados y las modalidades del hecho pueden estar configurados de un modo alternativo, tal y como sucede en las consecuencias derivadas de las lesiones graves (§ 224)⁷³ o los lugares de comisión del delito en el § 106 a. Cometiendo el autor varias de las acciones alternativas previstas en una disposición penal deberá ser condenado por un solo hecho y no por un concurso de delitos integrado por aquéllas (BGH NJW 1994, pág. 2034).

Como grupos especiales dentro de los delitos de varios actos y de los de resultado nos encontramos también con los delitos mutilados en dos actos y los delitos de resultado cortado⁷⁴. Con frecuencia el legislador ha trasladado el segundo acto del delito al tipo

⁶⁹ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 227 (N del T).

⁷⁰ Propone una "Parte General" de los delitos de varios actos *Lund*, *Mehraktige Delikte* págs. 291 ss.

⁷¹ Téngase en cuenta la nueva redacción del § 177 que, además, ya no exige el carácter extramatrimonial del yacimiento en la configuración del delito de violación (N del T).

⁷² La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 (N del T).

⁷³ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 (N del T).

⁷⁴ *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 20 núms. 22 y 38 habla aquí de "delitos de construcción incongruente" al contraponerlos frente a aquellos delitos en los que la parte objetiva y subjetiva coinciden con exactitud ("congruencia").

subjetivo con la intención de fijar así la línea de defensa⁷⁵. En los *delitos mutilados en dos actos* es suficiente con que en el momento del primer acto esté presente la intención de realizar más tarde la segunda acción que todavía se encuentra pendiente. De esta forma, en el secuestro (§ 236)⁷⁶ basta con la intención del autor de desarrollar acciones de naturaleza sexual con la víctima en un momento posterior. De esta categoría deben diferenciarse los *delitos de resultado cortado (delitos de intención)*. En éstos el advenimiento del resultado no está incluido en el tipo sino que basta con la intención del autor dirigida a la producción del mismo como ocurre, por ejemplo, con el ánimo de lucro en la estafa (§ 263). Mientras que en el primer grupo de delitos la intención está dirigida hacia un hacer *propio*, en cambio en el segundo de ellos el acaecimiento del resultado propuesto es *independiente* de la voluntad del autor. De acuerdo con ello, por ejemplo, el hurto (§ 242) es un delito mutilado en dos actos porque exige la intención de apropiación a través de la acción misma del autor.

6. Según la delimitación del posible círculo de autores se diferencia entre delitos comunes, especiales y de propia mano. En los **delitos comunes** el autor puede ser cualquiera, tal y como muestra el “anónimo *el que*” al comienzo de la mayoría de las disposiciones penales. Por el contrario, en los **delitos especiales propios** el tipo sólo designa como autor a personas que poseen una caracterización especial (vgr., funcionarios⁷⁷ o soldados). Los **delitos especiales impropios** pueden, ciertamente, ser cometidos por cualquiera, pero su autoría por personas cualificadas constituye una causa de agravación de la pena⁷⁸. En los **delitos de propia mano** el tipo presupone la ejecución de un acto corporal o, por lo menos, personal que el autor debe llevar a cabo por sí mismo pues de lo contrario faltaría el especial desvalor de la acción de la correspondiente figura de delito⁷⁹.

⁷⁵ Hegler, ZStW 36 (1915) habla aquí de “delitos de tendencia interna trascendente” y Schmidhäuser, Allg. Teil págs. 216 ss. de “delitos de objetivo”.

⁷⁶ Téngase en cuenta la nueva redacción del § 236 que ha pasado a regular el “tráfico de niños” (N del T).

⁷⁷ Sobre la cualidad de funcionario público en el sentido del § 11 I núm. 2c BGH 31, 264 (271 ss.) (miembro del consejo de administración de un banco regional); OLG Hamburg NJW 1984, pág. 624 (grupo responsable de la seguridad de una empresa privada de transportes) con comentario crítico de C. Schröder, NJW 1984, pág. 2510; LG Krefeld NJW 1994, pág. 2036 (concejal que desempeña funciones derivadas de la Administración pública).

⁷⁸ Vid. la definición contenida en Langer, Das Sonderverbrechen pág. 456. Roxin, Allg. Teil I § 10 núm. 128 denomina a los delitos especiales “delitos de deber” porque, por regla general, en ellos el autor ocupa una posición de deber.

⁷⁹ Vid., más detalladamente, Engelsing, Eigenhändige Delikte pág. 50; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 512; Schall, JuS 1979, pág. 104; Haft, JA 1979, págs. 651 ss.; LK (11.ª) (Roxin) § 25 núms. 40 ss.; de una opinión contraria desde el punto de vista del concepto unitario de autor Roeder, JBl 1975, págs. 569 ss.

Delitos especiales *proprios* son los auténticos delitos de funcionarios como, por ejemplo, el cohecho (§§ 331, 332), la prevaricación (§ 336), así como los delitos militares (§ 1 I y II WStG). Delitos especiales *impropios* son, verbigracia, las lesiones corporales ejecutadas por un funcionario público (§ 340). Delitos *de propia mano*⁸⁰ son, en primer lugar, aquellos tipos que exigen la propia intervención corporal del autor en el hecho como es el caso de la embriaguez plena (§ 323 a), la huida del lugar del accidente sin la correspondiente autorización (§ 142), la conducción de un vehículo a motor bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas de acuerdo con el § 315c núm. 1 a (BGH 18, 6 [9])⁸¹, el yacimiento entre parientes (§ 173) y el abuso sexual de incapaces (§ 179) (BGH 15, 132; KG NJW 1977, pág. 817). El segundo grupo de delitos de propia mano viene constituido por aquellos tipos que, aunque no exigen un actuar corporal del autor, sí requieren su intervención personal. A este grupo pertenecen la bigamia (§ 171)⁸², la prevaricación (§ 336)⁸³ y la injuria (§ 185). El tercer grupo está compuesto por los delitos de falso testimonio en los que el Derecho procesal penal prescribe la intervención de la propia persona (§§ 153, 154 y 156).

En los delitos especiales propios y en los de propia mano sólo pueden ser autores, coautores y autores mediatos, respectivamente, las personas cualificadas o aquellas que actúan corporal o personalmente; por el contrario, la *participación* (inducción y complicidad) es admisible sin restricciones. En los delitos especiales impropios el partícipe no cualificado sólo es castigado por el delito básico (§ 28 II)⁸⁴ y en los propios se le atenúa la pena de acuerdo con el § 49 I (§ 28 I) (vid. *infra* § 61 VII 4 a, d).

7. Según el grado de realización de los elementos del tipo se distingue entre **consumación** y **tentativa** (vid. *infra* § 49 III 3). Además, en determinadas disposiciones penales (por ejemplo, §§ 81, 82, 184 1 núms. 4, 8, 9, III núm. 3, 316a, 357) está castigado el “emprendimiento” (**delitos de emprendimiento**). De conformidad con el § 11 núm. 6 emprender un hecho significa que con su tentativa el hecho queda consumado. Así pues, en estos preceptos están equiparadas la consumación y la tentativa (delitos de emprendimiento *proprios*). La especialidad de estas infracciones reside en que no rige para ellas la posibilidad de atenuación de la pena del delito intentado (§ 23) y que decae el privilegio del desistimiento (§ 24), lo que determina una anticipación de la plena punibilidad

⁸⁰ El texto sigue en este punto la investigación de Herzberg, ZStW 82 (1970) págs. 913 ss.

⁸¹ Vid. Rehberg, Schultz-Festgabe págs. 79 ss.

⁸² La remisión debe entenderse realizada al vigente § 172 (N del T).

⁸³ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 339 (N del T).

⁸⁴ De otra opinión al respecto Cortes Rosa, ZStW 90 (1978) pág. 433, quien sostiene que debe ser declarado culpable por el delito especial (impropio) y condenado por el delito común.

al grado de la tentativa⁸⁵. Con independencia de ello, acerca de la cuestión de en qué medida pueden ser aplicadas a los delitos de emprendimiento propio las reglas sobre la tentativa, vid. *infra* § 49 III 2. Pero, más allá, existen tipos penales que evidencian la misma estructura que los delitos de emprendimiento propios en la medida en que la puesta en marcha de una tendencia determinada está ya sujeta a pena (delitos de emprendimiento *improprios*)⁸⁶. Dentro de esta última categoría figuran, por ejemplo, el § 113 ("atacar"), el § 257 ("prestar ayuda") y el § 292 ("perseguir"). Resulta discutido si a estos delitos les pueden ser transmitidas las reglas generales de la tentativa (vid. *infra* § 49 VIII 2). Mucho más lejos va el adelantamiento de la punibilidad en los **delitos de preparación** (vgr., §§ 149, 275, 234 a III, 316 c III⁸⁷).

III. La formación de los grupos de tipos

1. Por regla general las disposiciones de la Parte Especial muestran determinadas **relaciones internas**⁸⁸. Existe, en primer lugar, la relación entre el *delito básico* y su *modificación* (que agrava o que atenúa la pena). El primero es el tipo de salida mientras que su modificación aparece *dependiente* mediante elementos adicionales que continúan configurando la forma básica recogida en el tipo de salida. Ello debe distinguirse de del *delito autónomo* (delictum sui generis)⁸⁹ que, si bien posee una relación criminológica con otro delito, viene a suponer una variación autónoma de éste que justifica su separación en la configuración del sistema legal. En la estructuración de los grupos de tipos el legislador puede escoger discrecionalmente un camino u otro, de ahí que sólo a través de una *interpretación comparativa* se puedan averiguar los tipos aplicables.

⁸⁵ En profundidad sobre el tema Weber, ZStW-Beiheft Göttingen 1986, págs. 7 ss.; Maurach/Gässel/Zipf, Allg. Teil II § 40 núms. 79 ss.

⁸⁶ Schröder, Kern-Festschrift págs. 464 ss.; Schönke/Schröder/Eser, § 11 núm. 52; LK (10.ª) (Tröndle) § 11 núms. 6 ss.; SK (Rudolphi) § 11 núms. 23 ss.; Berz, Tatbestandsverwirklichung págs. 132 ss. En contra de este concepto Sowada, GA 1988, págs. 195 ss.

⁸⁷ La remisión del original al apartado III del § 316c StGB debe entenderse realizada al apartado IV de dicho precepto (N del T).

⁸⁸ Vid. la extensa exposición de Maurach, Materialien Tomo I págs. 249 ss.; además, Jakobs, Allg. Teil 6/95 ss.; Roxin, Allg. Teil I § 10 núms. 131 ss.; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 20 núms. 43ff ss.; Wessels, Allg. Teil núms. 107 ss.

⁸⁹ Para más detalles, Nagler, ZAK 1940, pág. 366; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 20 núm. 46; Roxin, Allg. Teil I § 10 núms. 134 ss.; en contra de este concepto Haffke, JuS 1973, pág. 407; V. Hassemer, Delictum sui generis págs. 88 ss.; Jakobs, Allg. Teil 6/98.

Ejemplos: Quien como testigo o perito comete perjurio (§ 154) realiza necesariamente todos los elementos del falso testimonio (§ 153), por lo que en este caso debe admitirse una variación carente de autonomía (BGH 8, 301 [309]). Por el contrario, el cohecho (§ 332) constituye un delito autónomo frente a la mera aceptación de una ventaja (§ 331) porque en aquél el hecho se refiere, a diferencia del supuesto atenuado, a una acción oficial *contraria* a deber; con independencia de ello la aceptación de un regalo en ambos preceptos puede conectar criminológicamente ambas disposiciones (BGH 12, 146 [148])⁹⁰.

2. Estamos en presencia de **modificaciones dependientes** cuando a un delito básico se le añaden elementos que vienen a conformar nuevos tipos penales y estos últimos aparecen como configuraciones especiales del tipo básico. Una condena en este caso presupone que el autor ha realizado tanto los elementos del tipo básico como aquéllos que integran adicionalmente el tipo modificado (por ejemplo, el § 223 a, pero *no* el § 223 y el § 223 a). Los componentes añadidos pueden expresar una agravación o atenuación del injusto o de la culpabilidad del delito básico. Según exasperen o aminoren la pena se distingue entre tipos **cualificados** y **atenuados**.

Junto con la posibilidad de formar tipos dependientes del tipo básico a través de elementos que cualifican a éste, nos encontramos también con el método consistente en la previsión de *casos especialmente agravados* (así, § 266 II en relación con el § 266 I⁹¹) que pueden estar determinados más detalladamente a través de *ejemplos reglados* (así, el § 243 en relación con el § 242). Además, también son reglas para la determinación de la pena (vid. *infra* § 26 V). Asimismo, el legislador también puede prescribir penas inferiores para *casos menos graves* (vgr., § 249 II frente al § 249 I).

Ejemplos: El delito básico del hurto es el hurto simple (§ 242). De él son deducidas, a través de ejemplos reglados, exasperaciones de la pena para casos especialmente graves (§ 243, vid. BGH 23, 254 [257]) como la comisión del hecho con armas o el hurto cometido en cuadrilla (§ 244) y la modalidad agravada de este último (§ 244 a). En cambio, poseen autonomía respecto al hurto tanto el robo impropio (§ 252) como la defraudación de energía eléctrica (§ 248 c). Frente al § 90 I y I, el apartado tercero de este precepto constituye un tipo cualificado por contener el elemento añadido de la intención anticonstitucional (BGH 31, 332). El hecho punible básico de los delitos contra la vida es el homicidio (§ 212) (de otra opinión BGH 1, 368 [370]). De él se

⁹⁰ Vid. *Arthur Kaufmann*, JZ 1959, pág. 376.

⁹¹ La redacción vigente del § 266 StGB ya no contiene la previsión de supuestos especialmente agravados (N del T).

deducen como supuesto agravado el asesinato (§ 211) y como privilegiados el homicidio a petición (§ 216) y el infanticidio (§ 217⁹²) (con un criterio diverso BGH 1, 235 [237]). Por el contrario, el homicidio imprudente es un delito autónomo (§ 222). Un supuesto atenuado del homicidio articulado a través del caso ejemplificativo de la provocación se contiene en el § 213.

Cuando en el marco de una modificación dependiente se reúnen elementos que cualifican o atenúan la pena y las consecuencias jurídicas de unos y otros se excluyen recíprocamente, resultará de aplicación el tipo atenuado; en otro caso dichas consecuencias serán aplicadas en forma acumulativa⁹³.

Ejemplos: El infanticidio ejecutado con crueldad (§ 211) sólo puede ser castigado conforme al § 217⁹⁴, sin perjuicio de que ese elemento cualificador pueda ser considerado en la determinación de la pena dentro del marco del último precepto mencionado. El hurto doméstico y familiar cualificado por la ejecución de una fractura cae dentro de los ejemplos reglados del § 243 núm. 1 y si es cometido con armas dentro del § 244 I núms. 1 y 2; no obstante y de acuerdo con el § 247, en ambos casos la persecución penal depende de la interposición de querrela por parte del ofendido.

3. Por el contrario, los **delitos autónomos** muestran un cierto parentesco con otros hechos punibles en relación con el bien jurídico protegido y la descripción de la acción, pero no existe la relación característica con un tipo básico. El nuevo tipo se ha desprendido de su relación con su grupo de delitos y constituye una norma jurídica autónoma con un contenido de injusto propio; llegado el caso resulta aplicable junto con el otro tipo en tanto que no exista concurso de leyes. El hecho de que dos delitos posean entre sí un parentesco criminológico no permite extraer de un modo inmediato consecuencias dogmáticas positivas ni negativas⁹⁵.

Ejemplo: El robo impropio (§ 252) contiene los elementos del hurto (§ 242), la coacción (§ 240) y el robo (§ 249). No obstante, es un delito autónomo; de ahí que, de conformidad con las reglas generales de la teoría del concurso de delitos (vid. *infra* § 66, 69), deba decidirse hasta qué punto los tipos mencionados son aplicables junto con el § 252.

IV. Elementos descriptivos y normativos del tipo

En la estructura de los tipos penales el legislador emplea elementos gráficos (descriptivos) y valorativos (normativos) que pueden ser utilizados tanto para la

⁹² El § 217 StGB se encuentra actualmente derogado (N del T).

⁹³ Con mayor detenimiento *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 20 núm. 45; *Wessels*, Allg. Teil núm. 113.

⁹⁴ Vid. nota a pie núm. 91 (N del T).

⁹⁵ *V. Hassemer*, *Delictum sui generis* págs. 88 ss.; *Haffke*, JuS 1973, pág. 407.

caracterización de circunstancias exteriores (objetivas) como también para las de naturaleza psíquica (subjetivas) (acerca del significado de la distinción para la función garantista de la Ley penal vid. *supra* § 15 I 4). A pesar de que la terminología es vacilante existe sin embargo una amplia unidad al respecto⁹⁶.

1. Los **elementos descriptivos del tipo** son conceptos que pueden ser tomados tanto del lenguaje cotidiano como del uso del lenguaje jurídico y que describen objetos del mundo real. Les es accesible una *verificación material* y, por este motivo, también pueden ser concebidos como componentes “descriptivos” aún cuando la determinación de su más exacto contenido sólo se consiga a través de la referencia a una norma, mostrando así en cierta medida un contenido jurídico⁹⁷.

Ejemplos: Son elementos descriptivos del tipo que designan los objetos del mundo exterior de los sentidos, la “persona” (§§ 211, 212, 222), “edificio”, “espacio cerrado” y “recipiente” (§ 243 núms. 1 y 2), “instalación eléctrica” (§ 248c), “amenaza con peligro inminente para el cuerpo o la vida” (§ 249), “matar” (§§ 211, 212), “perjudicar a la salud” (§ 223). Los objetos del mundo psíquico interno son expresados a través de elementos como la “codicia” (§ 211 II), “ánimo de apropiación” (§ 242), “ánimo de enriquecimiento” (§ 259) y “escándalo” (§ 183 a). Todos estos conceptos, en la medida en que están contenidos en normas penales, están “teñidos normativamente”; sin embargo, siguen poseyendo en un primer plano su referencia a una realidad cognoscible o aprehensible. Esto es válido también para conceptos que requieren una valoración cuantitativa como las acciones “de cierta relevancia” (§ 184 c núm. 1) o que hacen necesario un enjuiciamiento cognitivo como la “falsedad de la afirmación” (§ 153), “peligro” (§§ 315 a-c) o “instrumento peligroso” (§ 223 a⁹⁸). Descriptivos son, además, aquellos elementos que designan determinados conceptos del tipo legal por aplicación del lenguaje común como “bicicleta” (§ 248 b) o “yacimiento” (§ 177).

2. Por el contrario, los **elementos normativos del tipo** aluden a “premisas que sólo pueden ser imaginadas y pensadas bajo los presupuestos lógicos de una norma”⁹⁹. Dentro de los mismos se cuentan a los *verdaderos conceptos jurídicos*, los *conceptos valorativos* y los conceptos con *relación de sentido*. Se entiende que,

⁹⁶ Vid. M. E. Mayer, Lehrbuch págs. 182 ss.; Mezger, Traeger-Festschrift págs. 221 ss.; Grünhut, Frank-Festgabe Tomo I págs. 21 ss.; Kunert, Die normativen Merkmale págs. 89 ss.; Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 129; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 20 núm. 55; Schlüchter, Irrtum págs. 3 ss.; Kindhäuser, Jura 1984, págs. 465 ss.; Engisch, Mezger-Festschrift págs. 142 ss., al que se sigue en el texto principal. Con un planteamiento opuesto Dopplaff, GA 1987, págs. 1 ss.

⁹⁷ Por esta vía se evita tener que afirmar que *todos* los elementos del tipo, por ser tales, son de “carácter normativo” tal y como hace E. Wolf, RG-Festgabe pág. 56.

⁹⁸ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 I núm. 2 (N del T).

⁹⁹ Así, Engisch, Mezger-Festschrift pág. 147. Vid., además, Schlüchter, Irrtum págs. 7 ss.

también en los elementos valorativos, está en juego la mayoría de las veces la realidad captable por los sentidos de modo que también muestran una relación con el mundo de los hechos.

Ejemplos: Pertenecen a los conceptos jurídicos contenidos en los tipos penales el “matrimonio” (§ 171¹⁰⁰), “deber legal de prestación de alimentos” (§ 170b¹⁰¹), los “datos” (§ 202 a), el “documento” (§ 267), la “ventaja patrimonial” (§ 263), el “funcionario público” (§§ 331 ss. en conexión con el § 11 I núm. 2). Son conceptos valorativos el “móvil abyecto” (§ 211 II), las “medidas violentas o arbitrarias” (§ 241 a), el “atentado a las buenas costumbres” (§ 226 a¹⁰²). Dentro de los conceptos con una relación de sentido se cuentan el “ataque a la dignidad de la persona” (§ 130), la “acción sexual” (§§ 174 ss. en conexión con el § 184 c núm. 1) o el “secreto” (§ 203).

Los elementos normativos del tipo son objeto de un tratamiento especial en la teoría del dolo y del error a través del concepto de la “valoración paralela en la esfera del profano” (vid. *infra* § 29 II 3 a).

V. Casos especialmente graves, menos graves y ejemplos reglados

1. En las causas innominadas de agravación o atenuación de la pena que el legislador prevé, respectivamente, como “casos especialmente graves” (por ejemplo, §§ 240 I, 263 III, 266 II¹⁰³, 267 III) y “casos menos graves” (vgr., 154 II, 177 II¹⁰⁴, 217 II¹⁰⁵, 249 II, 311 II¹⁰⁶) el juez es básicamente libre para decidir sobre ellas y sobre las circunstancias a las que recurre en la fundamentación de unas y otras. Se trata, pues, de **reglas de determinación de la pena** cuya graduación puede ser llevada a cabo dentro del marco de la pena (BGH 2, 181 [183]; 4, 226 [228]¹⁰⁷). Un **caso especialmente grave** existe cuando las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho mismo superan de un modo tan claro al merecimiento de pena de los casos que tienen lugar de acuerdo con la experiencia que se posee y,

¹⁰⁰ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 172 (N del T).

¹⁰¹ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 170 (N del T).

¹⁰² La remisión debe entenderse realizada al vigente § 228 (N del T).

¹⁰³ La redacción vigente del § 266 StGB ya no contiene la previsión de supuestos especialmente agravados (N del T).

¹⁰⁴ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 177 V (N del T).

¹⁰⁵ Actualmente el § 217 se encuentra derogado (N del T).

¹⁰⁶ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 308 IV (N del T).

¹⁰⁷ Por motivos derivados del Estado de Derecho se muestran en contra de la previsión de los casos especialmente graves *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 641; *Maiwald*, Gallas-Festschrift pág. 150; *el mismo*, NStZ 1984, págs. 435 ss.; *Wahle*, GA 1969, págs. 161 ss. (quien quiere transformar estos supuestos en tipos cualificados).

por ello, tenidos en cuenta en la configuración del marco penal, que éste último no alcanza a compensar el injusto y la culpabilidad del delito cometido (BGH 5, 124 [130]; 23, 319; acerca de su constitucionalidad BVerfGE 45, 365 [370 ss.]) (vid. también la definición más amplia en el § 62 E 1962)¹⁰⁸. El **caso menos grave**, que ha asumido en parte la función de las anteriores “circunstancias atenuantes” y de los “casos especialmente leves” (BGH 26, 97), puede ser apoyado sobre la totalidad de las circunstancias que son tenidas en cuenta para la valoración del hecho y del autor, siendo indiferente que sean inherentes al hecho mismo, que le precedan, que le acompañen o que le sigan, siempre que permitan una conclusión acerca de la medida de la culpabilidad del autor (BGH 4, 8 [11]) (vid. § 63 E 1962)¹⁰⁹. Para la aceptación de un caso especialmente grave o de un caso más leve se requiere una valoración global del hecho y de la personalidad del autor (BGH 28, 318 [319]).

Acerca del dolo en unos y otros supuestos vid. *infra* § 29 II 3c.

2. Para designar las circunstancias agravantes que modifican el marco penal del delito transcrito en el tipo penal el legislador utiliza también, y cada vez en mayor medida, los **“ejemplos reglados”**. Este método ejemplificador fue recomendado sobre todo por *Lange* para la reforma del Derecho penal¹¹⁰, fue asimismo asumido por el E 1962¹¹¹ y, desde entonces, el legislador lo utiliza con frecuencia (por ejemplo, §§ 94 II, 113 II, 125 a, 243, 292 II, 302 a) para graduar el marco penal de determinadas formas delictivas a través de la introducción de un grupo de casos que está delimitado de un modo más concreto que la técnica innominada de los casos especialmente graves. Tampoco los ejemplos reglados son elementos cualificadores del tipo¹¹² sino **reglas de determinación de la pena** (BGH 23, 254 [256 ss.]; 26, 104 [105]; 29, 359 [368]; 33, 370 [374] donde los ejemplos reglados se consideran sencillamente próximos a los elementos del tipo)¹¹³. La especialidad de los casos reglados es doble. De un lado, la presencia

¹⁰⁸ Vid. *Dreher*, ZStW 77 (1965) págs. 227 ss.; *Lackner*, § 46 núm. 7; *Montenbruck*, NStZ 1987, 314 (sólo circunstancias agravantes individualizadas); *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 47 antes del § 38; *SK (Horn)* § 46 núms. 59 ss.

¹⁰⁹ Vid. *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 42; *Hettinger*, 140 Jahre GA, 1993, págs. 77ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 48 antes del § 38; *Timpe*, Strafmilderung pág. 64.

¹¹⁰ *Lange*, Materialien Tomo I pág. 84.

¹¹¹ Vid. E 1962, Begründung págs. 184 ss.

¹¹² Así, no obstante, *Callies*, JZ 1975, pág. 117 con referencias adicionales; en contra, con razón, *Schmitt*, Tröndle-Festschrift págs. 315 ss.; *Gössel*, ibídem pág. 358.

¹¹³ En este sentido se pronuncia la doctrina dominante; vid. *Blei*, Heinitz-Festschrift pág. 423; *Dreher/Tröndle*, § 46 núms. 43b ss.; *Lackner*, § 46 núm. 13; *Maiwald*, NStZ 1984, pág. 434;

de los elementos de un ejemplo sólo constituye un *indicio* para la existencia de un caso especialmente grave. El juez también puede negar tal efecto indiciario cuando de una valoración global del hecho y del autor se derive que, a pesar de la realización de los elementos del ejemplo reglado, el injusto y la culpabilidad del hecho no se desvía esencialmente de los casos que, por término medio y de acuerdo con la experiencia, suelen suceder en relación a la correspondiente figura de delito (BGH 20, 121 [125]; 23, 254 [257]; BGH JZ 1987, 366; BayObLG JZ 1973, pág. 384)¹¹⁴. De otro lado, el juez también puede aceptar un caso especialmente grave cuando no se realizan los elementos de ningún ejemplo reglado. Los hechos pueden, por una parte, ser similares al ejemplo reglado (por ejemplo, cuando alguien sustrae de una exposición una cosa de valor cultural, § 243 I núm. 5) de modo que el mismo desarrolle un efecto analógico que, al igual que en el § 223 a (“otro instrumento peligroso”) o en el § 315 I núm. 4 (“ataque similar, igualmente peligroso”), es querido por el legislador porque el juez se debe orientar por el ejemplo reglado. Por otra parte, un caso especialmente grave puede también ser aceptado sin tal analogía cuando el alcance de la gravedad del hecho (por ejemplo, daños especialmente graves en el hurto), según su injusto y culpabilidad, se corresponda con la gravedad de los hechos señalados por el ejemplo reglado (BGH 29, 319 [322]). También en el hurto que queda sólo en grado de tentativa es admisible la aceptación del ejemplo reglado caracterizado por la “fractura”, en la medida en que desde luego el autor (también) se había dispuesto a realizar tal elemento (BGH 33, 370 [374]). En contraste con los elementos del tipo, el ejemplo reglado tan sólo suministra al juzgador la posibilidad de aceptar un caso especialmente grave y, por otro lado, el juez también puede, al igual que en las causas innominadas de agravación de la pena, admitir un caso especialmente grave aún cuando no exista un ejemplo reglado¹¹⁵.

Maurach/Gässel/Zipf, Allg. Teil II § 62 núms. 51 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 44 antes del § 38; *Wessels*, *Maurach-Festschrift* pág. 299; *el mismo*, *Lackner-Festschrift* págs. 423 ss.; *SK (Horn)* § 46 núm. 57. Críticos con los casos reglados *Jakobs*, Allg. Teil 6/101; *Montenbruck*, *NStz* 1987, pág. 313.

¹¹⁴ En el hurto (§ 243 II) el legislador ha excluido con carácter general la aceptación de un caso especialmente grave cuando el hecho se refiere a una cosa de un valor escaso; sobre ello *Zipf*, *Dreher-Festschrift* págs. 389 ss.

¹¹⁵ Por motivos derivados del Estado de Derecho se manifiesta en contra del método ejemplificador, *Maiwald*, *Gallas-Festschrift* págs. 158 ss., con ejemplos extraídos de la jurisprudencia que evidencian que el juez, tan pronto como se introduce en los ejemplos reglados, se ve forzado a aplicar criterios incontrolables de carácter puramente cuantitativo.

Los ejemplos reglados son tratados por las disposiciones de la Parte General del mismo modo que los elementos del tipo; vid., en relación al dolo vid. *infra* § 29 II 3c, sobre la tentativa vid. *infra* § 49 III 2, acerca de la participación vid. *infra* § 61 VII nota a pie núm. 50 y en relación con los concursos vid. *infra* § 69 II 3b nota a pie núm. 31.

3. Los casos innominados especialmente graves y menos graves, así como los ejemplos reglados, no varían la clasificación de un hecho como delito grave o menos grave (§ 12 III) (vid. *supra* § 7 IV 3).

Subsección b): Los elementos del tipo de injusto

§ 27 Los elementos objetivos del tipo

Bernard-Tulkens, L'actus reus en droit pénal anglo-américain, Diss. Louvain 1976; *Padovani*, Francesco Carrara e la teoria del reato, en: Francesco Carrara nel primo centenario della morte, Atti del convegno internazionale, 1988, 1991, pág. 253; *Sauer*, Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis, ZStW 69 (1957) pág. 1; *Schild*, "Objektiv" und "subjektiv" in der strafrechtswissenschaftlichen Terminologie, Festschrift für A. Verdross, 1980, pág. 215; *Schmidhäuser*, "Objektiver" und "subjektiver" Tatbestand: eine verfehltete Unterscheidung, Festgabe für H. Schultz, 1977, pág. 61; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abh. H. 237, 1928.

I. La esencia de lo "objetivo" en el tipo

1. En el mundo del Derecho la voluntad maliciosa nunca es castigada por sí misma¹. Lo que el autor ha querido debe aparecer siempre externamente a través

¹ El Derecho penal francés exige, además de un "élément moral" un "élément matériel"; vid. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núms 169, 211. De forma correlativa la doctrina belga distingue en el delito un "materieel element" y un "strafrechtelijke schuld"; vid. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 293, 396. También el Derecho penal anglo-americano requiere siempre, además del "mens rea" un "actus reus"; vid. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht pág. 54; *La Fave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 273 ss.; *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 1 ss.; *Bernard-Tulkens*, L'actus reus, 1976. Igualmente, en la estructura del delito la doctrina tradicional italiana diferencia entre un "principio di materialità" y un "principio di soggettività" que es equiparada al principio "nullum crimen sine culpa"; vid. *Mantovani*, Diritto penale págs. 155, 291. La distinción se remonta a *Carrara* (1805-1888). Acerca del significado de Carrara para el desarrollo de la moderna Dogmática italiana del Derecho penal *Padovani*, Francesco Carrara e la teoria del reato págs. 253 ss. Una parte de la doctrina italiana cercana a la Ciencia alemana ya conecta en el tipo los elementos objetivos y subjetivos; representativo de dicho sector es *Fiore*, Diritto penale I pág. 158.

de una acción o de la omisión de una acción esperada (vid. *supra* § 23 VI 2d). La imagen exterior de esta manifestación del hecho es descrita a través de los elementos del tipo. Constituye el "núcleo real y objetivo de todo delito"². Sin embargo, los elementos objetivos del tipo no señalan sólo objetos del mundo externo. En ellos se encuentra, más bien, **todo lo que está fuera del ámbito psíquico del autor**³. Lo que se quiere decir con los elementos objetivos del tipo en un sentido amplio es que, cuando en la disposición sobre el error de tipo (§ 16 I) se habla de "circunstancias", con ello se alude "a las que pertenecen al tipo legal". Según ello, los elementos objetivos del tipo son tan sólo en parte objetos y sucesos del mundo sensorial perceptible como "persona", "mujer", "animal", "cosa", "matar", "quemar", "perjudicar". En la mayoría de ellos se trata, más bien, de conceptos complicados cuyo significado no puede ser captado, o sólo puede serlo parcialmente, a través de su simple observación, sino que vienen determinados en todo o en parte por procesos anímicos y valoraciones sociales.

Ejemplos: Un resultado psíquico es la "provocación de escándalo" (§ 183 a) o la puesta en peligro del desarrollo de un niño (§ 170 d⁴). Elementos normativos del tipo como "documento" (§ 267) o "acción sexual" (§ 184 c núm. 1) requieren generalmente valoraciones de distinto tipo. También los elementos descriptivos muestran a menudo una relación normativa que va más allá del ámbito de la simple observación (vid. *supra* § 26 IV 1). Para los verbos que señalan una actividad final (por ejemplo, "perseguir" en el § 292) la descripción de la acción está tan profundamente unida a la voluntad del autor (vid. *supra* § 24 III 4d), que los elementos objetivos del tipo están determinados en parte por momentos subjetivos de la propia psique del autor.

El concepto de "lo objetivo" en el tipo no puede, en consecuencia, ser tan fácilmente situado en el reino de las manifestaciones externas, sino que con frecuencia viene impuesto por factores subjetivos y valoraciones normativas que hacen completamente imposible llevar a cabo una rigurosa separación formal del tipo en componentes objetivos y subjetivos. Tampoco resulta completamente correcta la equiparación del concepto de los elementos objetivos del tipo con todas las circunstancias situadas fuera de la psique del autor, puesto que la esfera anímica del autor también es relevante para los verbos que describen actividades finales⁵.

² Así, *Welzel*, Lehrbuch pág. 62; *Sauer*, ZStW 69 (1957) pág. 2. Vid. además, en relación con su estructura, *Jakobs*, Allg. Teil 7/1 ss., 8/1 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 54 ss.; *Stratenwerth* Allg. Teil I núms. 200 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 62 antes del § 13.

³ En relación con esta delimitación vid. *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand pág. 12; *Wessels*, Allg. Teil núm. 134; *Schild*, Verdroß-Festschrift págs. 223 ss.

⁴ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 171 (N del T).

⁵ La separación entre tipo "objetivo" y "subjetivo" es calificada por *Schmidhäuser*, Schultz-

2. La parte objetiva del tipo no tiene nada que ver con el *carácter objetivo del juicio de antijuricidad*. Esta última es una categoría objetiva a causa de que su baremo es el mismo para cualquiera. De ahí que en este contexto el concepto de “lo objetivo” debe entenderse en el sentido de “**validez general**”. De ahí, por tanto, que no esté excluida la introducción de elementos subjetivos del tipo (vid. *supra* § 24 III 4b)⁶.

II. Los elementos objetivos del tipo en particular

Los elementos objetivos del tipo describen la acción, el objeto material, el resultado (en su caso), las circunstancias externas del hecho y la persona del autor⁷.

1. El núcleo de todo tipo es la **acción**; ésta puede ser determinada de un modo más detallado a través de circunstancias de distinto tipo como su relación con personas o cosas, su relación con el tiempo o el espacio, la forma y modo de su ejecución, así como mediante su conexión con otras acciones.

Ejemplos: Comete una perturbación de la paz de los difuntos (§ 168) quien durante un entierro desarrolla un comportamiento injurioso. El encubrimiento real (§ 257) se refiere a otra persona que ha cometido un hecho antijurídico y al beneficio obtenido por el hecho.

2. El **objeto material** es aquel elemento del mundo exterior sobre el que o en relación al cual se realiza la acción delictiva (vid. *supra* § 26 I 4). Dentro del mismo se engloba a las personas, las cosas y también a los objetos incorpóreos. Además, también hay tipos que por lo general carecen de este componente. Estos son los delitos de mera actividad como la bigamia (§ 171⁸), la usurpación del estado civil (§ 169) o la desertión militar (§ 16 WStG). A menudo también el objeto material se concreta más detenidamente por medio de adjetivos calificativos.

Ejemplos: El objeto material del infanticidio (§ 217⁹) es el niño recién nacido de condición extramatrimonial. El del hurto (§ 242) es la cosa mueble ajena. Así pues, el niño intramarital no puede ser objeto del infanticidio y una prestación espiritual tampoco puede serlo del hurto. También en el caso concreto el objeto de la acción (o del

Festgabe págs. 66 ss., como completamente errónea; este autor la evita desdoblado el dolo en la voluntad dirigida a la acción antijurídica y el conocimiento que pertenece a la culpabilidad.

⁶ La misma contraposición realizan Zimmerl, Zur Lehre vom Verbrechen pág. 29 y Schild, Verdroß-Festschrift págs. 225 ss.

⁷ En relación a lo que sigue vid. Beling, págs. 76 y 81; M.E. Mayer, Lehrbuch págs. 89 ss.; Baumann/Weber, Allg. Teil págs. 131 ss.

⁸ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 172 (N del T).

⁹ Actualmente el § 217 StGB está derogado (N del T).|

ataque) puede ser concretado a través del objeto del hecho correspondiente (el niño X, la bicicleta del estudiante Y).

3. El **resultado** en sentido estricto, esto es, como efecto exterior de la acción diferenciable espacio-temporalmente, tiene que ser objeto de una consideración separada. El resultado no es una parte integrante de la acción, pero sí es (con frecuencia) un elemento del tipo. Este componente también puede ser determinado en el tipo de una forma más detallada a través de elementos adicionales.

Ejemplo: El § 224 presupone como consecuencia de la lesión corporal la pérdida de un miembro importante o una grave deformación permanente.

4. Al tipo objetivo pertenecen también la **relación de causalidad** entre la acción y el resultado (en los delitos de omisión impropia es la probabilidad cercana a la seguridad de que con la realización de la acción debida no habría acaecido el resultado, BGH 37, 106 [126]; BGH JZ 1973, pág. 173) y la **imputación objetiva** del mismo que lo haga aparecer como “obra” del autor (vid. *infra* § 28)¹⁰.

5. Las **circunstancias externas del hecho** designan la situación en la que la acción debe tener lugar para ser merecedora de pena.

Ejemplos: La injuria al miembro de un gobierno extranjero es punible conforme al § 103 cuando el ofendido se encuentra en misión oficial y dentro del país. Según el § 113 la resistencia frente a un funcionario ejecutivo debe referirse a la realización de una acción oficial. Finalmente, el § 154 presupone que el autor afirma datos falsos ante un tribunal o ante cualquier otro lugar competente para la toma de la declaración.

6. En los delitos especiales propios el **círculo de autores** está limitado a personas con determinados elementos objetivos relativos al autor; en los impropios, los sujetos que pertenecen al círculo de personas cualificadas son castigados más severamente (vid. *supra* § 26 II 6). Prescindiendo de los elementos referidos al autor, que designan una cualidad jurídica o una posición especial de deber, también se tienen en cuenta cualidades naturales como “hombre” (§ 183) o “embarazada” (§ 218 III). Los elementos naturales vinculados al autor pertenecen asimismo al tipo objetivo.

§ 28 Causalidad e imputación objetiva

Belting, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, GS 101 (1932) pág. 1; *Bruns*, Ungeklärte materiellrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses,

¹⁰ *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 55; *Wessels*, Allg. Teil núm. 154; *Jakobs*, Allg. Teil 7/4 a.

Festschrift für E. Heinitz, 1972, págs. 317 ss.; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *el mismo*, Erfolgzurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten usw., Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 356; *v. Buri* Über Causalität und deren Verantwortung, 1873; *el mismo*, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; *Bustos Ramírez*, Die objektive Zurechnung, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 213; *v. Caemmerer*, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, 1956; *Castaldo*, L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento, 1989; *Donini* Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato, 1991; *Ebert/Kühl*, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, pág. 561; *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 1, 332, JZ 1951, pág. 787; *el mismo*, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 247; *el mismo*, Vom Weltbild des Juristen, 2.^a Ed. 1965, *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgzurechnung im Strafrecht, 1991; *el mismo*, Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht, JuS 1994, pág. 449; *Eser*, Sterbewille und ärztliche Verantwortung, Medizinrecht 1985, pág. 6; *Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *el mismo*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *Fünfsinn*, Anmerkung zu BGH StV 1985, pág. 56; *Geilen*, Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, pág. 145; *J. Glaser*, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, 1858; *Gmür*, Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1970; *Hardwig*, Verursachung und Erfolgzurechnung, JZ 1968, pág. 289; *Hart/Honord*, Causation in the Law, 2.^a Ed. 1985; *Hartmann*, Das Kausalproblem im Strafrecht, Strafr. Abh. Heft 27, 1900; *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994; *Herzberg*, Beteiligung an einer Selbsttötung usw., JA 1985, pág. 269; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft", 1993; *Reinhard v. Hippel*, Gefahurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis, 1972; *Hirsch*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, pág. 399; *Honig*, Kausalität und objektive Zurechnung, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 174; *Honori*, Die Kausalitätslehre im angloamerikanischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht, ZStW 69 (1957) pág. 463; *Jakobs*, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 307; *Jauernig/Schlechtriem/Stürner*, BGB, 7.^a Ed. 1994; *Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die *conditio-sine-qua-non*-Formel im Strafrecht, 1968; *Armin Kaufmann*, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, 569; *el mismo*, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt? Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 251; *Arthur Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 200; *Kienappfel*, Die Fahrlässigkeit usw., Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, 1; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 32, 262, JZ 1984, pág. 751; *Knoche*, Die Entwicklung der Lehre vom Kausalzusammenhang im Zivil- und Strafrecht, Diss. Marburg 1959; *v. Kries*, Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, 1886; *el mismo*, Über den Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung

im Strafrecht, ZStW 9 (1889) pág. 528; *Krümpelmann*, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 443; *Küper*, Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 246; *Küper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Kühlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *Lampe*, Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 189; *H. Lange*, Adäquanztheorie usw., JZ 1976, pág. 198; *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Diss. Göttingen 1927; *Maiwald*, Kausalität und Strafrecht, 1980; *Mir Puig*, Die "ex ante" -Betrachtung im Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 337; *Mueller*, Causing Criminal Harm, en: Essays in Criminal Science, 1961, pág. 169; *M. L. Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912; *Naucke*, Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW 76 (1964), pág. 409; *Noll*, Strafrecht im Übergang, GA 1970, pág. 176; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Otto*, Kausal-diagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 91; *el mismo*, Grenzen der Fahrlässigkeit im Strafrecht, JuS 1974, pág. 702; *el mismo*, Selbstgefährdung und Fremdverantwortung, Jura 1984, pág. 536; *el mismo*, Eigenverantwortliche Selbstschädigung usw., Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 157; *Puppe*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980) pág. 863; *la misma*, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982, pág. 292; *la misma*, Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983) pág. 287; *la misma*, Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 99 (1987) S. 595; *la misma*, Kausalität, SchwZStr 107 (1990) pág. 141; *la misma*, Anmerkung zu BGH 37, 106, JR 1992, pág. 30; *la misma*, Naturalismus und Normativismus usw., GA 1994, pág. 297; *la misma*, "Naturgesetze" vor Gericht, JZ 1994, pág. 1147; *Radbruch*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902; *Roxin*, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 132; *el mismo*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 241; *el mismo*, Anmerkung zu BGH NStZ 1984, pág. 411; *el mismo*, Anmerkung zu BGH NStZ 1985, pág. 319; *el mismo*, Bemerkungen zum Regreßverbot, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 177; *el mismo*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 303; *el mismo*, Finalität und objektive Zurechnung, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 237; *Salm*, Das vollendete Verbrechen, Tomo I, 2, 1967; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht 1972; *el mismo*, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, pág. 183; *Schaffstein*, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip usw., Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 169; *Schlüchter*, Grundfälle der Lehre von der Kausalität, JuS 1976, pág. 312; *Schmoller*, Die Kategorie der Kausalität usw., ÖJZ 1982, pág. 449; *Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, pág. 715; *Schulz*, Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 39; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und

das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen, 1986; Sowada, Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von Retterunfällen, JZ 1994, pág. 663; Spendel, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, Diss. Heidelberg 1948; *el mismo*, Beihilfe und Kausalität, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 167; Stella, Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, 1975; Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968; *el mismo*, Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des Schadensersatzrechtes, 1976; Stree, Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, JuS 1985, pág. 179; Struensee, Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, pág. 97; Tarnowski, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, 1927; Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1904; Tiffner, Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 419; Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen usw., JZ 1969, pág. 364; Walder, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93 (1977) pág. 113; E. A. Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; Wolter, Adäquanz- und Relevanztheorie, GA 1977, pág. 257; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung usw., en: Schünemann (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 103.

I. Causalidad e imputación objetiva como fundamentos de la responsabilidad penal

1. En los delitos de resultado la aceptación de un delito consumado depende del acaecimiento del resultado típico. Sin embargo, la acción y el resultado no están desconectados entre sí sino que deben mostrar entre ellos una relación suficiente que permita poder imputar al autor el resultado como una consecuencia de su acción. En la descripción de la relación entre la acción y el resultado la Ley parte, evidentemente, de que esa relación consiste en la **causalidad** (vid., por ejemplo, el § 222: "Quien *cause* la muerte de una persona por imprudencia"). Esta idea se fundamenta en la siguiente reflexión: el Derecho penal aspira a la conservación de bienes haciendo responsable a quien los menoscaba. De ello resulta que alguien cuyo comportamiento *no* ha contribuido al quebranto del objeto del bien jurídico —prescindiendo de los supuestos de tentativa— tampoco puede ser castigado. De ahí que la causalidad del comportamiento del autor para el advenimiento del resultado sea una *condición necesaria* para su punibilidad; o más exactamente: para que pueda ser imputable al autor el resultado acaecido¹ (acerca de las excepciones vid. *infra* § 28 I 2).

¹ Vid. Engisch, Kausalität pág. 4.

En Derecho penal el *concepto de causalidad científico-natural* (declaración de acontecimientos sucesivos de acuerdo con las leyes de la naturaleza) no puede ser aplicado sin más, pues la causa de un efecto sería la *totalidad de las condiciones* en cuya existencia se basa la consecuencia, es decir, todas aquellas condiciones —igualmente necesarias y del mismo valor— que constituyen la causa de un efecto, planteamiento éste que impide una consideración aislada de cada una de las condiciones. No obstante, para los fines del Derecho penal la cuestión depende de una condición completamente determinada: la acción humana; se trata de comprobar si entre ésta y el resultado existe una relación que justifique la imputación de ese acontecimiento como producto de su acción. Pero la especial toma en consideración de la acción en Derecho penal no es sólo necesaria por razones dogmáticas, sino que se encuentra también *justificada* internamente en tanto que la persona está ampliamente capacitada para la dirección del curso causal y, por ello, su comportamiento puede ser tratado como una “causa de carácter especial”. Así pues, para la afirmación de la causalidad de una acción es necesario como mínimo que ésta *también* forme parte de las condiciones del resultado: la acción debe haber *co-causado* el mismo.

2. Por regla general al autor le es también imputado un resultado que él ha co-causado en este sentido: lo que se ha ocasionado por un hacer propio debe asumirse penalmente. Sin embargo, las categorías de la imputación objetiva² y de la causalidad no son en modo alguno idénticas. Tal y como ha puesto de relieve con acierto la nueva doctrina³, la pregunta acerca de la imputación de un resultado al comportamiento de un individuo debe decidirse en Derecho penal de acuerdo con sus criterios *normativos* específicos. De ahí que para la solución del problema de la imputación la categoría científico-natural de la causalidad puede suministrar el marco externo pero no la respuesta definitiva. Puede suceder perfectamente que a alguien no le sea imputado un resultado a pesar de que su comportamiento fue

² Se habla de imputación “objetiva” cuando aquí la cuestión reside en saber si el resultado se considera la “obra” del autor. Este aspecto debe diferenciarse de la imputación “subjetiva”; en esta última nos preguntamos acerca de la actitud interna del autor sobre su hecho.

³ Así, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 63ss.; *Ebert/Kühl*, Jura 1979, págs. 568 ss.; *H. Mayer*, Grundriß págs. 72 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núm. 42; *Jakobs*, Allg. Teil 7/29; *Küper*, Lackner-Festschrift pág. 247; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 4A núms. 56 ss.; *Roxin*, Honig-Festschrift págs. 133 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 11 núms. 36 ss.; *Schaffstein*, Honig-Festschrift pág. 170; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 228 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 71 y 91 ss. antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 52 ss. antes del § 1; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 223; *Wessels*, Allg. Teil núms. 176 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung págs. 109 ss. Crítico con la imputación objetiva *Armin Kaufmann*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 251 ss.; *Hirsch*, Kölner Festschrift pág. 406; *Küpper*, Grenzen págs. 83 ss.; *Lampe*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 203. La categoría de la imputación objetiva no es en absoluto nueva vid., por ejemplo, *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre págs. 60 ss. así como *Beling*, GS 101 (1932) pág. 7; *Honig*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 179 ss.

causal para el mismo (sobre ello vid. *infra* § 28 III y IV); esta solución descansa sobre una decisión valorativa que, por ejemplo, hace retroceder la contribución causal del autor frente al consciente autoperjuicio de la víctima.

Ejemplo: El autor proporciona heroína a un drogodependiente; la víctima (plenamente responsable) se inyecta el veneno consciente de que con ello se causa daños a la salud. Al autor no le es imputado el envenenamiento de la víctima a pesar de que el suministro del veneno fue co-causal para la muerte acaecida de la víctima (vid. BGH 32, 262).

El criterio de la imputación objetiva⁴ limita eventualmente la responsabilidad que se derivaría de la mera causación del resultado. Pero, al contrario, también hay supuestos en los que el Derecho penal hace responsable a alguien por un resultado que no ha causado en sentido naturalístico⁵. Esto último rige para los autores de una omisión que, contrariamente a su deber, no impiden un daño inminente (vid. *infra* § 59 III) (acerca de otros casos vid. la edición anterior de esta obra § 28 I 2, pág. 250).

Ejemplo: Una niñera observa inmóvil cómo el niño pequeño que le ha sido confiado cae en una piscina y se ahoga. No puede afirmarse que la niñera ha *causado* la muerte del niño; no obstante, le es imputada de acuerdo con el § 13.

Pero, en estos casos, resulta completamente necesario probar que el autor de la omisión habría podido evitar el resultado; por tanto, la imputación aquí también está conectada con una comprobación (si bien meramente hipotética) de la causalidad. Las desviaciones de la fundamentación de la imputación objetiva mediante la causalidad son sin embargo excepcionales. Normalmente para la imputación objetiva del resultado es necesario, y a veces también suficiente, que el autor lo haya causado⁶.

⁴ El criterio de la imputación objetiva del resultado típico es más estrecho que el criterio de la imputación en el marco de la teoría de la acción: mientras que allí sólo depende de la capacidad de dominio del comportamiento (vid. *supra* § 23 VI 2 a), en la imputación aquí utilizada también juegan un rol esencial los fines de la norma penal correspondiente; vid. *Jakobs*, *Welzel-Festschrift* pág. 314.

⁵ En contra *Spendel*, *Dreher-Festschrift* pág. 169.

⁶ Así, en el caso *Contergan* también se trató con acierto la cuestión de la causalidad de la talidomida, en relación con los daños en el sistema nervioso y las malformaciones producidas a los recién nacidos, cuya existencia fue afirmada por el Tribunal; vid. LG Aachen JZ 1971, pág. 507 (págs. 510 ss.). Crítico con el método de la comprobación de la causalidad *Armin Kaufmann*, JZ 1971, págs. 572 ss.; *Reinhard v. Hippel*, *Gefahrurteile* págs. 69 ss.; *Bruns*, *Heinitz-Festschrift* págs. 331 ss.; *Puppe*, *SchwZStr* 107 (1990) págs. 150 ss.

II. La comprobación de la causalidad

1. La pregunta relativa a si alguien ha causado un resultado ha sido contestada en Alemania de modo completamente dominante con ayuda de la **teoría de la condición**⁷: un resultado es causado por una acción cuando ésta no puede ser mentalmente suprimida sin que aquél desaparezca. Expresado de otro modo: la acción debe ser, pues, una "*conditio sine qua non*" del resultado. De esta forma todas las condiciones de un resultado son consideradas del mismo valor (equivalentes), motivo por el cual la teoría de las condiciones se denomina también *teoría de la equivalencia*. Encontrándose varias acciones bajo las condiciones del resultado son todas ellas causales del mismo, puesto que en el plano conceptual de la causa no puede ser verificada una distinción entre la causalidad penalmente relevante y la irrelevante. La restricción del ámbito extraordinariamente amplio de responsabilidad que fundamenta la causalidad opera a través de tres correcciones: por medio de la teoría de la imputación objetiva, de los elementos del tipo correspondiente y de los requisitos del dolo y la imprudencia.

⁷ En el extranjero el concepto de la causalidad es concebido de modo distinto según se aplica en la estructura del delito. Rittler, Tomo I pág. 101 y Nowakowski, Grundriß pág. 48 defienden la teoría de la condición, así como de acuerdo con el vigente österr. StGB, Kienapfel, Grundriß Z 10 núm. 7; Leukauff/Steininger, nota preliminar núm. 19 antes del § 1; WK (Burgstaller) § 6 núm. 61; Schmoller, ÖJZ 1982, pág. 490. Triffierer, Klug-Festschrift Tomo II págs. 438 ss. recomienda la teoría de la imputación objetiva. Por el contrario, Hafter, Allg. Teil págs. 81 ss. se muestra favorable a una corrección de la teoría de la condición a través de la idea de adecuación, y también el Tribunal Federal suizo en la BGE 54 I 348 así como en la 68 IV 19 sostiene la teoría de la adecuación. Sobre ello Gmür, Kausalzusammenhang págs. 97 ss. Por el contrario, se muestra a favor de la fórmula de la "condición típica" Schultz, Einführung Tomo I pág. 124 así como Walder, SchwZStr 93 (1977) págs. 136 ss. El Tribunal de Casación francés mantiene un planteamiento cercano a la teoría de la condición (vid. Cass. v. 3.11.1955, D.PÁG. 1956, Jurisprudence pág. 25; Cass. v. 15.1.1958, J.C.PÁG. 1959 II núm. 11026), así como Merle/Vitu, Traité núm. 536 y la doctrina belga, vid. Hennau/Verhaegen, Droit pénal général núms. 174 ss. En Italia Bettioli/Pettoello Mantovani, Diritto penale pág. 313 defienden la teoría de la adecuación "che circola nelle vene del codice", mientras que Fiandaca/Musco, Diritto penale págs. 189 ss.; Mantovani, Diritto penale págs. 179 ss.; Stella, Leggi scientifiche pág. 100 y Donini, Illecito págs. 291 ss. y en España Cerezo Mir, Curso págs. 343 ss.; Bustos Ramírez, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 213 ss. y Mir Puig, Derecho penal págs. 189 ss. siguen la teoría de la imputación objetiva. La idea de imputación objetiva es destacada también por Pompe, Handboek pág. 94; a favor de la teoría de la relevancia Hazewinkel/Suringa/Rommelink, Inleiding págs. 179 ss. El Código penal brasileño parte de la teoría de la condición en el art. 13; sobre ello Fragoso, Lições págs. 169 ss.; da Costa jr., Comentários, Art. 13 anotación núm. 1114. Sobre toda la cuestión desde una perspectiva de Derecho comparado Castaldo, L'imputazione oggettiva, 1989.

Ejemplo: En la fiesta de una asociación un invitado, que quería buscar el patio del establecimiento, se precipitó en la oscuridad por un pozo descubierto falleciendo por la caída. Entre otros, causales del resultado fueron el constructor de dicho pozo, el hijo del hostelero que había dejado abierto el pozo tras su trabajo, el hostelero mismo que ante la llegada de los invitados no había comprobado si el pozo estaba cerrado, el presidente de la asociación que previamente había abierto la puerta del salón que conectaba con el patio y, finalmente, el empleado del establecimiento que, en la creencia de que la puerta permanecería cerrada, había apagado la luz del patio (RG 57, 148). La pregunta de quién de estas personas puede ser hecha *penalmente responsable* por la muerte de la víctima se determina únicamente, dado que se afirma la causalidad de todos los cooperadores, de conformidad con el baremo de la imprudencia en el sentido del § 222.

2. La teoría de la condición⁸ fue introducida por el procesalista austríaco *Julius Glaser*⁹ y desarrollada por *Maximilian v. Buri* que fue un miembro del Tribunal Imperial en el momento de su fundación¹⁰. El RG ha aplicado esta teoría a través de una jurisprudencia constante (RG 1, 373 [374] hasta 77, 17 [18]), el BGH se ha adherido igualmente a ella (BGH 1, 332 con comentario crítico de *Engisch*, JZ 1951, pág. 787; 2, 20 [24]; 7, 112 [114]; 24, 31 [34]) así como el resto de la jurisprudencia (OLG Stuttgart JZ 1980, pág. 618). También la literatura la defiende de modo completamente mayoritario¹¹.

Las **objeciones** —bastante discutidas— que han sido formuladas en contra de la teoría de la condición están en parte superadas y, en parte también, pueden ser neutralizadas. Anteriormente en los delitos cualificados por el resultado esta teoría pudo conducir a ciertas iniquidades puesto que, a menudo, acciones típicas de escasa relevancia arrastraban consigo graves consecuencias (RG 5, 29: ceguera causada a través de una simple bofetada; RG 54, 349: muerte de un hemofílico por medio de una pedrada). Con posterioridad a 1945, en casos de esta naturaleza donde concurre una extraordinaria concatenación de circunstancias, la jurisprudencia ha aplicado ocasionalmente la teoría de la adecuación (vid. *infra* § 28 III 2) (LG Heidelberg SJZ 1948, pág. 207 con

⁸ Una exposición de su historia dogmática se encuentra en *Knoche*, *Entwicklung* págs. 23 ss., 128 ss., 179 ss., 221 ss.

⁹ Vid. *J. Glaser*, *Abhandlungen* pág. 298.

¹⁰ Vid. *v. Buri*, *Über Causalität* pág. 1; *el mismo*, *Die Causalität* pág. 1.

¹¹ *Baumann/Weber*, *Allg. Teil* págs. 219 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 17 antes del § 13; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar núm. II B 1; *Lackner*, nota preliminar núm. 9 antes del § 13; *LK (9.ª) (Heimann-Trosien)* Introducción núms. 91 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 162; *Preisendanz*, nota preliminar B IV 2; *Stratenwerth*, *Allg. Teil I* núm. 218; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 18 núms. 17 ss.; *Schlüchter*, *JuS* 1976, pág. 313; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 73 antes del § 13; *Welzel*, *Lehrbuch* pág. 46. Mostrándose crítica *Kritisch Puppe*, *ZStW* 92 (1980) págs. 863 ss.; *ZStW* 99 (1987) págs. 595 ss.; *SchwZStr* 107 (1990) págs. 141 ss.

comentario de *Engisch*) aunque el BGH ha retrocedido a la teoría de la condición del RG (BGH 1, 132: muerte causada por la imprudencia del conductor de un vehículo a una persona que auxiliaba a un individuo ebrio tirado en la calle). Sin embargo, este problema ha perdido su significado con la introducción del § 18 (§ 56 en su redacción anterior). La idea de que en algunos supuestos la teoría de la condición resulta, en parte, ser unas veces más amplia y otras más estrecha¹², no es acertada en una interpretación adecuada al sentido de los tipos. Quien vierte el contenido de una artesa en la corriente de agua que procede de la ruptura de un dique, ciertamente incrementa de modo puramente teórico la masa de agua pero no ocasiona una "inundación" (§ 312)¹³. Para la obtención de este resultado no se requiere la intervención correctiva de la imputación objetiva sino que aquél ya se deriva de una interpretación del tipo adecuada a su sentido. El ejemplo para la concepción, supuestamente demasiado estrecha, de la teoría de la condición es asimismo desacertado, a saber: quien impide al socorrista sacar del agua a alguien que se ahoga hace fracasar la evitación del resultado. En estos casos, así como en los delitos de omisión impropia, puede ser aplicada la teoría de la condición en el marco del examen de la causalidad hipotética.

3. La problemática de la teoría de la condición no reside en estas cuestiones sino en la **prueba de la relación de causalidad** mediante la fórmula de la "conditio sine qua non". En la misma es aplicado un procedimiento hipotético eliminatorio en virtud del cual la acción, cuya causalidad para el resultado debe ser examinada, es suprimida mentalmente con la finalidad de comprobar si el resultado permanece o desaparece. En la jurisprudencia son muchos los casos dudosos que se han resuelto de conformidad con esta fórmula¹⁴.

Ejemplos: La relación de causalidad es afirmada en los supuestos en los que la víctima posee una constitución psíquica o corporal anómala (RG 5, 29 [31]; 27, 93), en los que existe una cooperación culpable del ofendido (RG 6, 249 [250]; 22, 173 [175]; BGH 7, 112 [114]), cuando se produce el atragantamiento mortal de la víctima del accidente

¹² Al respecto vid. *E. A. Wolf*, Kausalität págs. 15 ss.

¹³ El ejemplo es de *Traeger*, Der Kausalbegriff pág. 41.

¹⁴ También en la literatura es aplicada con frecuencia la fórmula de la conditio sine qua non, vid. *Mezger*, Lehrbuch pág. 114; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 133; *Lackner*, nota preliminar núms. 9 ss. antes del § 13 (las objeciones las formula en la anotación preliminar núm. 10); *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar II B 1; *LK (9.ª)* (*Heimann-Trosien*) Introducción núm. 91; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 218 (igualmente con limitaciones manifestadas en el núm. 219). Según *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 16 antes del § 13, "la fórmula es, ciertamente, susceptible de reparos pero también utilizable". Favorable también a su uso restringido *Salm*, Das vollendete Verbrechen págs. 93 ss. *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 26 subraya el "valor heurístico" de la fórmula eliminatoria. Con un planteamiento crítico sobre todo ello *Engisch*, Weltbild págs. 132 ss.; *Armin Kaufmann*, JZ 1971, pág. 374; *Schünemann*, JA 1975, pág. 580; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 521 ss.

en el hospital (OLG Stuttgart JR 1982, pág. 419), en la coincidencia de las acciones de varias personas que actúan de modo independiente entre sí (RG 56, 343 [348]; OGH 2, 352 [355]), en el supuesto de error sobre el curso causal (RG 67, 258; OGH 2, 284 [286]; BGH 10, 291 [294]). Tampoco la interposición de la actuación imprudente (e incluso dolosa) de un tercero produce una “**interrupción del curso causal**”¹⁵. Su ausencia es evidente para los casos en los que se posibilita a través del autor la acción *imprudente* de un tercero (RG 34, 91 [92 ss.]: supuesto en el que se dispara “bromeando” un revólver cargado y sin seguro que se encontraba en el interior del bolsillo de un abrigo entregado en el guardarropa de un teatro; BGH 4, 360 [362]: accidente de tráfico causado por una patrulla que detenía a un camión que circulaba sin luces), aunque también se mantiene en supuestos de interposición *dolosa* de un tercero (RG 61, 318 [320]: alquiler de una vivienda en peligro de incendio que posteriormente es quemada de forma dolosa; RG 63, 382 [386]: celebración dolosa de unos comicios en los que también se desarrollan irregularidades intencionadas; RG 64, 316 [318]: deliberadamente se deja sola a una embarazada que va a dar a luz a un hijo extramatrimonial y al que posteriormente mata; RG 64, 370 [372]: abandono negligente del veneno ante quien está ya decidido a morir; RG 77, 17 [18]: lesión corporal mediante la entrega de sustancias estupefacientes a una persona adicta; BGH *Dallinger*, MDR 1956, pág. 526: disparo de gracia que mata a un moribundo). También en el caso de que un tercero, con la finalidad de acelerar el proceso mortal, se aprovecha del desamparo de una víctima inconsciente que ha sido objeto de una acción homicida, no impide esta última siga siendo causal para el resultado de muerte (en un sentido diverso BGH NJW 1966, pág. 1823). Igualmente, tampoco opera una interrupción de la relación de causalidad el comportamiento equivocado que desarrolla el ofendido con posterioridad al delito (tratamiento médico negligente)¹⁶. La relación condicional sólo desaparece si un acontecimiento posterior elimina completamente la continuación del anterior y produce por sí mismo el resultado (RG 69, 44 [47 ss.]: no hay estafa procesal cuando el resultado del procedimiento no depende de la declaración del testigo).

En todos estos casos, lo dudoso no es la relación de causalidad entre el comportamiento del primer autor y el resultado finalmente acontecido, sino únicamente la imputación de este último al primero.

¹⁵ La “*prohibición de regreso*” fundada por *Frank*, § 1 nota preliminar III 2a (pág. 14), y defendida por *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 138 ss.; *Naucke* ZStW 76 (1964) págs. 408 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 7/59; *Otto*, Maurach-Festschrift págs. 98 ss., en relación a todas las condiciones previas a un ocasionamiento doloso del resultado, es rechazada por ser incompatible con la esencia de la teoría de la equivalencia; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 222 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núm. 62; *Roxin*, Tröndle-Festschrift pág. 177; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 77 ss. antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 49 antes del § 1; *Schlüchter*, JuS 1976, pág. 378; *Wessels*, Allg. Teil núm. 166.

¹⁶ *Burgstaller*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 357 ss. (con ejemplos procedentes de la jurisprudencia austríaca).

4. La fórmula utilizada por la jurisprudencia, que compara el suceso real con un curso causal hipotético, evidencia sin embargo un **doble error**¹⁷. *De una parte*, no comprende de un modo inmediato a la relación de causalidad sino que la concibe como un presupuesto lógico, pues sólo cuando ya se sabe que existe una relación causal entre la acción y el resultado puede decirse que sin dicha causa el resultado no habría acaecido. Por el contrario, si es desconocido el modo en el que la causa desencadena el efecto, la "supresión mental" tampoco instruye nada acerca de si aquélla ha tenido o no influencia sobre el resultado (vid., por ejemplo, la discutida cuestión de la causalidad del medicamento de la talidomida para los daños corporales en la fase embrionaria [LG Aachen JZ 1971, págs. 510 ss.]). A lo sumo, la fórmula puede ser aplicada para el control en el hallazgo de ulteriores resultados. *De otra*, la comparación del suceso real con otro curso causal imaginario, conduce a resultados erróneos cuando, en caso de ausencia de acción, otra causa haya producido el mismo resultado tiempo después (*causalidad por adelantamiento*) o, incluso, de igual manera y simultáneamente (*causalidad hipotética*), así como cuando el resultado tuvo lugar como producto de varias condiciones simultáneas e independientes unas de otras (*causalidad acumulativa*) (por ejemplo, el asesinato de César por veintitrés puñaladas). En estas hipótesis no puede dudarse de la causalidad y por ello la jurisprudencia la ha afirmado aquí también, a pesar de que en tales supuestos tendría que haber sido negada la relación de causalidad por aplicación del procedimiento hipotético eliminatorio.

Ejemplos: El incendio de la parte todavía intacta de un edificio que se encuentra en llamas determina la responsabilidad por daños a las cosas, aún cuando el fuego declarado hubiera destruido todo en poco tiempo (RG 22, 325). La cooperación en la confección de listas para la eliminación de enfermos mentales constituye complicidad en el homicidio, a pesar de que de no haber sido así otros las habrían elaborado en lugar de los médicos del establecimiento (BGH 1, 321 [330]). La solicitud de internamiento de judíos en el campo de concentración es también causal para su muerte, aunque de todas formas las víctimas hubiera sido exterminadas (BGH 2, 20 [24]). El estafador causa la disposición patrimonial a pesar de que el estafado también le hubiera proporcionado el dinero sin el suministro de la información falsa (BGH 13, 13 [14]). En un accidente en

¹⁷ *Engisch*, Kausalität págs. 14 ss.; *el mismo*, Weltbild págs. 130 ss.; *el mismo*, v. Weber-Festschrift pág. 261. Coincidiendo en ello *Honoré*, ZStW 69 (1957) págs. 466 ss.; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 207 ss.; *Armin Kaufmann*, JZ 1971, pág. 574; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núm. 20; *Roxin*, Allg. Teil I § 11 núm. 11; *Jakobs*, Allg. Teil 7/9 ss.; *Maiwald*, Kausalität pág. 5; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 226 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 74 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 40 antes del § 1; *Wessels*, Allg. Teil núms. 156 ss.

cadena sigue existiendo la causalidad derivada de la infracción del deber de cuidado del primer conductor, aún cuando los daños habrían sido ocasionados del mismo modo por el conductor siguiente (BGH 30, 228 [231 ss.]¹⁸). Cuando varios intervinientes infieren a la víctima de un robo lesiones mortales, cada una de las acciones homicidas es causal para el resultado muerte (RG 19, 141[145])¹⁹. Vid. también BGH 39, 195 (198).

También en estos casos, la Ciencia ha intentado rescatar a través de diversas vías la idea del procedimiento hipotético de eliminación. *Traeger* quiso centrarse en el dato de si con la ausencia del comportamiento correspondiente habría acaecido un resultado *jurídico* del mismo valor²⁰. *Hartmann* dirigió la mirada a la configuración del *curso* causal concreto²¹. Sin embargo, también frente a estos planteamientos se formulan objeciones. Y es que si lo correcto en el examen de la causalidad es partir siempre de la forma en que se origina y configura el suceso real (OGH 1, 229 [232]; BGH 10, 369 [370]), entonces, en los casos en los que concurre una identidad completa entre el curso causal real y el representado, tan sólo se llega a la conclusión circular de que hay que considerar causal a la acción porque fue ella la que produjo el resultado. Por ello, *Spendel* ha recomendado una mejora de la fórmula usual de la causalidad dirigida a excluir la causalidad hipotética. De acuerdo con ello sólo se tienen en cuenta “las circunstancias realmente acaecidas”²². Pero también este planteamiento es insatisfactorio pues si quedan fuera de toda consideración los factores sustitutivos que, aunque existentes, no han sido realizados sólo a causa de la acción del autor, ya se ha renunciado en la práctica al pensamiento de la “*conditio sine qua non*”²³. Además, la fórmula de *Spendel* falla en los casos de causalidad acumulativa porque aquí las condiciones sustitutivas se han realizado materialmente. De ahí que para estos casos *Tarnowski* haga la siguiente propuesta: De entre varias condiciones son causales para el resultado aquellas que sólo pueden ser suprimidas mentalmente de forma alternativa, no acumulativa, sin que el resultado desaparezca²⁴. No obstante, la contestación a la cuestión de si las condiciones acumulativas pueden ser suprimidas mentalmente presupone de nuevo que su causalidad ha sido clarificada con anterioridad.

¹⁸ En profundidad sobre la cuestión *Puppe*, JuS 1982, págs. 292 ss.

¹⁹ En el supuesto de que no se compruebe cuál de las lesiones ha producido la muerte, sólo puede aplicarse para todos los intervinientes la pena por una tentativa siempre que no exista coautoría; vid. *Mezger*, Lehrbuch pág. 115.

²⁰ *Traeger*, Der Kausalbegriff págs. 46 ss. En contra, con acierto, *M. L. Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs págs. 10 ss.

²¹ *Hartmann*, Das Kausalproblem pág. 77. Sobre ello vid. la convincente crítica de *Puppe*, ZStW 99 (1987) págs. 596 ss.

²² *Spendel*, Die Kausalitätsformel pág. 38.

²³ *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 209.

²⁴ *Tarnowski*, Die systematische Bedeutung pág. 47; igualmente, *Spendel*, Die Kausalitätsformel pág. 82 y *Welzel*, Lehrbuch pág. 45.

De ahí que lo correcto sea no preguntarse en absoluto si el resultado, según el estado de las cosas, también habría acaecido sin la acción cuya causalidad es objeto de examen, pues para que una acción adquiriera la cualidad de condición sólo depende de si ésta ha producido realmente el resultado sobre la base de una ley causal determinada *conforme a nuestro conocimiento experimental*. Pero para ello resulta necesario investigar las *relaciones regulares* del caso concreto para, de este modo, preguntarse de acuerdo con la experiencia si la clase de acción desarrollada origina generalmente el tipo de consecuencias acontecidas en el supuesto que se analiza. De acuerdo con lo afirmado, la causalidad en el sentido de la teoría de la condición sólo depende de *si las modificaciones en el mundo exterior temporalmente consecutivas a una acción y conectadas con ella*, aparecen como consecuencias que *estuvieron vinculadas a la acción de modo necesario según las leyes de la naturaleza que nos son conocidas*, presentándose de este modo como resultado típico (**fórmula de la condición regular**)²⁵. Nada puede aportar aquí la fórmula de la “*conditio sine qua non*” cuyo papel viene a ser en realidad cubierto por el juicio experto del especialista.

Desde luego que hay casos en los que, de acuerdo con el conocimiento científico, la relación regular entre la acción y el resultado resulta altamente probable pero no puede ser comprobada de un modo absoluto, aspecto este último que naturalmente no impide que otras causas puedan ser descartables como la acción en cuestión (así, LG Aachen JZ 1971, pág. 507 en el “caso Contergan”: producción de malformaciones en recién nacidos producidas tras la ingestión de talidomida por parte de las madres durante el embarazo). Aquí debe bastar la aceptación de una relación de causalidad basada en una probabilidad rayana en la seguridad²⁶. Por el contrario, es dudosa la verificación de la relación de causalidad cuando no

²⁵ Así, *Engisch*, Kausalität págs. 21, 25 ss. a quien le siguen *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 210; *Noll*, GA 1970, pág. 180; *Hardwig*, GA 1956, págs. 12 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 7/12 notas a pie núms. 13 ss.; *Erb*, JuS 1994, pág. 452; *Kühl*, Allg. Teil § 4 núm. 27; *Puppe*, ZStW 92 (1980) pág. 874; *NK (Puppe)* nota preliminar núm. 83 ss. antes del § 13; *Schönkel/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 75 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 41 antes del § 1; *Schulz*, Lackner-Festschrift págs. 39 ss.; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe págs. 31 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 159. Acerca de la cuestión de que también existen leyes regulares en la “causalidad psíquica” vid. *Engisch*, v. Weber-Festschrift pág. 269 (en relación con la BGH 13, 13 [15]); *Roxin*, Allg. Teil I § 11 núms. 27 ss.; crítica al respecto *Puppe*, ZStW 95 (1983) págs. 297 ss. Según *Puppe*, JZ 1994, pág. 1151, en la ciencia empírica correspondiente *tampoco* se fundamenta una relación causal *indiscutida* a no ser que aparezca “una proposición general bien confirmada y defendida por una parte representativa de dicha ciencia”. Los criterios de la relación causal regular son analizados en concreto por *Stella*, *Leggi scientifiche* págs. 231 ss.

²⁶ En contra, *Armin Kaufmann*, JZ 1971, pág. 575; *Maiwald*, Kausalität págs. 109 ss.

está probada una ley causal que aclare la relación entre la acción y el resultado, y que obliga a fundamentar dicha conexión únicamente en que no existe otro motivo evidente que explique el acaecimiento del resultado típico (así BGH 37, 106 en el “caso del spray del cuero”: aparición de edema pulmonar tras el uso de un producto de conservación del cuero; Tribunal Supremo español, NStZ 1994, pág. 37: fallecimientos por el consumo de aceite de colza contaminado). La comprobación de una condición regular a través de la exclusión de causas alternativas es discutida²⁷, pero no puede ser objetada cuando procede razonablemente la exclusión de otras causas.

5. La fórmula de la condición regular también conduce a resultados convincentes en los casos de **causalidad por adelantamiento**.

Ejemplo: X bebe dos tazas de café seguidas. En la primera A vertió una dosis mortal de veneno y en la segunda lo hizo B pero de modo independiente a la acción de A. No obstante, el veneno de B actúa más rápidamente que el primero y X fallece por los efectos del mismo. Aquí hay que negar el efecto causal de la dosis de veneno de A, porque B con sus dosis elimina dicho efecto y pone en marcha una nueva cadena causal que es la que ha producido el resultado (*causalidad interrumpida*). De ahí que A es sólo responsable por el intento de muerte (vid. también OGH 2, 285).

La fórmula de la “conditio sine qua non” debe recurrir aquí al hecho de que, en realidad, X también —aunque algo más tarde— habría muerto como consecuencia del veneno de A, de modo que la dosis de veneno de B no puede ser suprimida mentalmente en el instante del fallecimiento de X. No pudiéndose comprobar si X bebió la taza de A o la de B, entonces ambos sólo pueden ser responder por el homicidio intentado (una solución similar se ofrece en el caso de la BGH NJW 1966, pág. 1823 (in dubio pro reo vid. *supra* § 16 II). Si A y B no han actuado de modo independiente sino que han cooperado como coautores, entonces ambos son castigados por la muerte consumada porque a cada uno de ellos se le debe imputar la actuación del otro como un hecho propio (vid. *infra* § 63 I 2).

III. Limitaciones de la imputación objetiva de acuerdo con la teoría expuesta

1. La teoría de la condición, puesto que se fundamenta en la regularidad empírica de la relación de causalidad, conduce teóricamente al infinito: bajo este

²⁷ De acuerdo *Otto*, Grundkurs págs. 58 ss.; *Kühlen*, Produkthaftung págs. 63 ss.; *Erb*, JuS 1994, pág. 453; *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung págs. 121, 124. Disienten *Puppe*, JR 1992, págs. 30 ss.; *NK (Puppe)* nota preliminar núm. 120 antes del § 13; *Hassemer*, Produktverantwortung págs. 33 ss.; *Samson*, StV 1991, pág. 183.

punto de vista también los padres y los antecesores del asesino han causado la muerte de la víctima. Por ello se explican los intentos que, radicados en formulaciones de validez general, se dirigen a seleccionar de entre la totalidad de las condiciones que según ese concepto son causales para el resultado, aquellas **causas jurídicamente significativas**. De acuerdo con esto, la función del concepto causal es sólo señalar para la valoración jurídica la *totalidad* de los hechos que *generalmente* se tienen en cuenta, mientras que la responsabilidad penal se determina sólo dentro de este marco que resulta ser lo más amplio posible. La jurisprudencia (RG 61, 320; BGH 4, 182; 12, 75 [78]; OLG Stuttgart NJW 1959, pág. 2320) y un sector de la doctrina²⁸ llevan a cabo las restricciones necesarias en el **examen del dolo y la imprudencia**.

Ejemplos: El ofendido al ser hemofílico muere a consecuencia de una herida en la cabeza de poca importancia causada por descuido mediante una pedrada (RG 54, 349). Un curandero provoca una enfermedad mental a una paciente a través de una ruda declaración en la que le comunicó su sospecha de que padecía cáncer (RG 66, 181 [184]). El autor lesiona de modo imprudente a otro mediante la explosión anticipada de artefactos pirotécnicos, muriendo posteriormente como consecuencia de la anestesia en una operación de trasplante de piel (RG 29, 218 [222]). Un trabajador muere como consecuencia del derrumbamiento del muro de la fachada en reforma ocurrido en un lugar donde, según las disposiciones preventivas de accidentes laborales, no debía encontrarse la víctima (RG 56, 343 [350]). La responsabilidad penal por el (*involuntario*) resultado de muerte también puede ser considerada como una cuestión de la previsibilidad objetiva del resultado y del curso causal y, bajo este punto de vista, ser negada su existencia (vid. *infra* § 55 II 3). En una muerte pasional en la que durante su comisión el autor padecía una alteración de la consciencia que excluía su capacidad de culpabilidad (§ 20), el dolo fue enjuiciado de acuerdo con los principios relativos a la desviación entre el curso causal acontecido y el imaginado (BGH 7, 325 [329]).

La vía del dolo o la imprudencia como modo de restringir la responsabilidad es viable en casos de necesidad. Pero, en realidad, se trata de un problema propio de la imputación *objetiva*²⁹ (vid. *infra* § 28 IV).

2. También la **teoría de la adecuación** sirve para delimitar la responsabilidad penalmente relevante en el marco de la causalidad. Para que la acción pueda ser considerada causal, esta tesis exige que el acaecimiento del resultado producido

²⁸ Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 222; *LK* (11.^a) (*Heimann-Trosien*) Introducción núm. 94; *Schlüchter*, JuS 1976, págs. 314 y 519; *Welzel*, Lehrbuch pág. 45.

²⁹ Ocasionalmente, la jurisprudencia también habla de causalidad “en sentido jurídico-penal”, para delimitarla de la cuestión de la imputación de la causalidad “en un sentido mecánico y científico-natural” (BGH 11, 1 [7]; 33, 61 [63 ss.]).

por el autor en el desarrollo de su acción debe poder ser considerado, hasta cierto punto, como *probable*. La condición debe ser adecuada al resultado y adecuadas son sólo aquellas condiciones que *típicamente* son idóneas para producir aquél³⁰. Originariamente la teoría de la adecuación fue entendida como una verdadera teoría de la causalidad y no como una teoría de la imputación objetiva en el marco de la relación de causalidad delimitada conforme a la teoría de la condición. Pero esto descansa sobre un concepto equivocado de causalidad. El fundamento material de la teoría de la adecuación reside en que sólo la aceptación de un *riesgo* jurídicamente desvalorado puede corresponderse con el sentido de la norma de prohibición, por lo que sólo son imputables aquellos resultados en los que dicho riesgo se ha *realizado*.

El fundador de la teoría de la adecuación no fue un jurista, sino un médico fisiólogo de Friburgo llamado *Johannes v. Kries* (1853-1928)³¹. No obstante, este autor hizo que su teoría también fuera útil para el Derecho penal sobre todo para corregir las iniquidades que podían surgir en la aplicación de la teoría de la condición a los delitos cualificados por el resultado. De acuerdo con este autor, la justificación de la agravación punitiva en los delitos cualificados por el resultado sólo reside en que el delito básico origina el peligro de que se materialice la consecuencia más grave, de modo que sólo puede ser tenido en cuenta para la exasperación de la pena un comportamiento del autor que promueva de forma típica el ocasionamiento del resultado. Ciertamente, la teoría de la adecuación ha encontrado respaldo en la literatura jurídico-penal³², pero nunca ha sido asumida por las Salas de lo Penal del RG o del BGH porque en la rama punitiva el dolo y la imprudencia parecían ofrecer correctivos suficientes para el marco demasiado extenso de la responsabilidad penal. Por el contrario, las Salas de lo Civil de tales Tribunales han aplicado a menudo la teoría de la adecuación (RGZ 42, 291; 50, 219; 69, 57; desde la 78, 270 en jurisprudencia constante; BGHZ 3, 261; 7, 198) porque en Derecho civil hay responsabilidad sin culpabilidad (responsabilidad por el peligro), y porque también en la responsabilidad basada en la culpabilidad ésta debe referirse sólo al factor desencadenante del daño, pues una vez que concurre la culpa se responde generalmente por todas las consecuencias, incluidas también aquellas a las que dicho elemento subjetivo no se extiende. Pero la teoría de la adecuación, como principio delimitador de la responsabi-

³⁰ Con más detenimiento *Engisch*, Kausalität págs. 41 ss.; *Walder*, SchwZStr 93 (1977) págs. 144 ss.

³¹ Vid. *v. Kries*, Prinzipien págs. 75 ss.; *el mismo*, ZStW 9 (1889) pág. 528.

³² Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 64 ss.; *Frank*, § 1 anotación III l d; *v. Hippel*, Tomo II págs. 144 ss.; *Traeger*, Der Kausalbegriff págs. 159ff.; *Engisch*, Kausalität págs. 41 ss.; *Radbruch*, Adäquate Verursachung págs. 64 ss. (limitada a los delitos cualificados por el resultado); *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núm. 30; *Walder*, SchwZStr 93 (1977) págs. 144 ss.; *Schlüchter*, JuS 1976, págs. 313 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 223.

lidad, apenas ha jugado un verdadero papel en la praxis lo que permite reconocer que la jurisprudencia casi siempre ha afirmado la relación de causalidad adecuada. De ahí que actualmente el Derecho civil solucione mayoritariamente la cuestión relativa a los límites de la responsabilidad a través de la consideración del sentido y alcance de la norma que la fundamenta (BGHZ 27, 137) y no a través de inexactos juicios de probabilidad³³. Con otras palabras, depende del fin de protección de la norma infringida; esta idea también constituye en Derecho penal un criterio para la imputación objetiva en el marco de los delitos imprudente (vid. *infra* § 55 II 2b bb).

La “adecuación” del comportamiento del autor al resultado producido es entendida de acuerdo con el criterio de la probabilidad como presupuesto para que dicho resultado pueda ser objetivamente imputado al autor³⁴. Para no restringir demasiado el marco de la imputación se ha dado a la fórmula de la adecuación una redacción negativa: “no puede ser sencillamente improbable que la acción se dirija hacia el resultado”³⁵. El juicio de probabilidad se refiere a la relación entre la acción y el resultado típico; es suficiente con esa configuración negativa para segregar cursos causales completamente improbables por ser su existencia relativamente rara³⁶. También se toman por base las circunstancias que eran conocidas o reconocibles en el momento y lugar del hecho (*ex ante*). Y es que en relación con la imputación objetiva al preguntarse cuál es el comportamiento *objetivamente* correcto para evitar el resultado, el conocimiento y la posibilidad del mismo que posea el autor no pueden ser por sí solos concluyentes. Más bien debe pensarse en completar el *conocimiento causal del autor* con las circunstancias con las que habría contado en sus reflexiones una “*persona razonable*” (el denominado **pronóstico objetivo posterior**) (BGHZ 3, 261 [266 ss.])³⁷. Se habla además de pronóstico

³³ Vid. *Caemmerer*, Kausalzusammenhang pp 11 ss.; *Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck págs. 5 ss.; *el mismo*, Neuere Entwicklungen págs. 79 ss. Partidario de la aplicación de ambos métodos de restricción *Teichmann*, en: *Jauernig/Schlechtriem/Stürner*, nota preliminar V 4c antes del § 249 BGB.

³⁴ Vid. *Beckelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 65; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 163; *Honig*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 182; *Engisch*, Weltbild pág. 137. Vid., además, BGHZ 3, 261 (265 ss.); 18, 286 (288); BGH NJW 1981, 983.

³⁵ Así, *Engisch*, Kausalität pág. 46; RGZ 152, pág. 401; Vid., además, *Traeger*, Kausalbegriff pág. 159.

³⁶ Por ello la teoría de la adecuación es considerada demasiado amplia como para limitar la imputación a riesgos de importancia; vid. *Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 94 ss.; *Wolter*, GA 1977, pág. 273. Por el contrario, no se entiende que no deba existir una adecuación de un curso causal determinado a una consecuencia, tal y como *Jakobs*, Allg. Teil 7/32 sostiene.

³⁷ Al respecto, *Mir Puig*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 345. Crítico con la mezcla del aspecto objetivo y subjetivo del hecho *Jakobs*, Allg. Teil 7/32.

“posterior” porque es el juez quien se sitúa con su pensamiento en el instante de la acción. Prescindiendo del resultado, tampoco la forma y modo del *curso* causal puede haber sido completamente improbable, porque la imputación objetiva sólo está justificada cuando en el resultado se ha realizado el peligro específico tal y como estaba contenido en la acción.

3. El punto de partida de la **teoría de la relevancia**³⁸ es también la distinción entre la causalidad en el sentido de la teoría de la condición y la cuestión de la responsabilidad penal del autor por el resultado. Para esta teoría, de la equivalencia de todas las condiciones del resultado no se sigue su mismo peso jurídico para la cuestión de la imputación. Pero, a diferencia de la teoría de la adecuación, quiere comprobar a qué condiciones del resultado está limitada la responsabilidad penal en el caso concreto de acuerdo, no con un juicio de probabilidad, sino de conformidad con el sentido del tipo cuya aplicación se cuestiona. Por ello no dispone de criterios generales para la restricción de la conexión causal. La justificada pretensión de esta teoría ha cedido el paso en los últimos tiempos a criterios precisos para la imputación objetiva del resultado causado por el autor.

IV. La moderna teoría de la imputación objetiva

Los puntos de vista desarrollados por las teorías de la adecuación y de la relevancia para la restricción de la responsabilidad penal, son asumidos por la Dogmática más reciente y han sido enlazados con argumentos adicionales que caminan hacia una teoría de la imputación objetiva que proporciona una visión de los grupos de casos a considerar y de los criterios conforme a los cuales se solucionan³⁹. La base de la teoría de la imputación objetiva, al igual que en la de la adecuación, es el entendimiento derivado de la propia esencia de la norma penal de que un resultado causado por una acción humana (en el sentido de la teoría de la condición) sólo puede serle imputable cuando dicha **acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto material protegido y el**

³⁸ Así, *Mezger*, Lehrbuch págs. 122 ss.; *Gerland*, Lehrbuch pág. 116; *Blei*, Allg. Teil págs. 104 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 173; BGH 11, 1 (7).

³⁹ Vid. *Otto*, Maurach-Festschrift págs. 91 ss.; *Roxin*, Honig-Festschrift págs. 133 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 11 núms. 36 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 7/35 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núms. 42 ss.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 69 ss.; *Schaffstein*, Honig-Festschrift págs. 169 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 228 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 91 ss. antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 57 ss. antes del § 1; *Ulsenheimer*, JZ 1969, págs. 364 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 176 ss.; *Wolter*, Zurechnung págs. 330 ss.; *Schünemann*, JA 1975, pág. 721.

riesgo se ha realizado en el resultado típico⁴⁰. Para la resolución de los distintos grupos de casos entran en juego, respectivamente, puntos de vista adicionales que, no obstante, se derivan en su totalidad de la misma idea básica.

1. La imputación objetiva hay que negarla en los supuestos de **ausencia de un peligro jurídicamente relevante**⁴¹. Aquí se trata de no imputar riesgos normales de la vida como en los conocidos casos académicos en el que el empleador manda a su peón al bosque en plena tormenta para ser electrocutado por un rayo, el sobrino que convence a su tío —de quien espera heredar— para que realice numerosos viajes aéreos en vuelos “charter” baratos para que fallezca en un accidente, así como la comunicación de una muerte que produce la muerte por paro cardíaco de un pariente cercano. Sin embargo, en el tercer caso se acepta un riesgo jurídicamente relevante y desaprobado si el autor se inventa la noticia de la muerte y tiene lugar el efecto mortal sobre una víctima que padecía dolencias cardíacas. En este caso también habría que afirmar el dolo mientras que en los anteriores no existe una acción homicida dolosa por estar ausente el dominio sobre el curso causal.

2. Bajo el punto de vista de la **disminución del riesgo** tampoco es imputable el resultado causado por el autor para evitar otro inminente de mayor gravedad⁴². Así sucede, por ejemplo, con quien desvía hacia el hombro el golpe mortal que va dirigido a la cabeza de la víctima. El motivo para ello reside en que la disminución del daño no

⁴⁰ Coincidiendo con la opinión expuesta, *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 57 antes del § 11; *Kühl*, Allg. Teil § 4 núm. 43; *Roxin*, Honig-Festschrift págs. 135 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 11 núm. 41; *Jakobs*, Allg. Teil 7/35 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 92 antes del § 13; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I Nr. 4 A núm. 61; *Kienapfel*, Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, pág. 7. Algo diversa es la formulación de *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip pág. 267; *Wessels*, Allg. Teil núm. 182. *Puppe*, GA 1994, págs. 316 ss. exige acertadamente que tiene que ser aclarado de qué hechos debe depender el juicio sobre el riesgo para fundamentar la imputación objetiva. Vid. también *Hart/Honord*, Causation págs. 363 ss. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 66 ss. limita el enjuiciamiento del riesgo jurídicamente prohibido al comportamiento típico y considera la imputación del resultado como una simple cuestión de la causación del resultado a través de la acción jurídicamente prohibida. Sin embargo, el riesgo de la acción y la imputación del resultado deben estar relacionados recíprocamente. *Struensee*, GA 1987, págs. 97 ss. quiere resolver los casos en los que el resultado no es imputable recurriendo a las reglas del error. En contra, con razón, *Roxin*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 247 ss.

⁴¹ Igualmente, *Otto*, Maurach-Festschrift págs. 99 ss.; *Roxin*, Honig-Festschrift págs. 136 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 93 antes del § 13; *Jakobs*, Allg. Teil 7/35 ss.; *Roxin*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 310; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 388 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 62 antes del § 1; *Wessels*, Allg. Teil núm. 194.

⁴² Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 63; *Roxin*, Honig-Festschrift pág. 136; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe págs. 96 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 94 antes del § 13; *Puppe*, ZStW 95 (1983) pág. 292; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 58 antes del § 1; *Wessels*, Allg. Teil núms. 190 ss.; *E. A. Wolff*, Kausalität págs. 17 y 23.

puede ser una puesta en peligro del objeto material jurídicamente prohibida. Esto no rige, sin embargo, cuando a través de la acción de rescate se crea un nuevo peligro con autonomía propia (vgr., el lanzamiento de un niño a la lona de salvamento de los bomberos a consecuencia del cual sufre lesiones). No obstante, el hecho queda justificado a través del auxilio necesario.

3. La imputación objetiva falta, además, cuando el **resultado se encuentra fuera del ámbito de protección de la norma** que el autor ha infringido con su acción, porque en este caso no se ha realizado en el resultado un riesgo creado por el autor y jurídicamente desaprobado, sino otro que resulta ser diverso⁴³. Así ocurre con la persona que, habiendo sido herida como consecuencia de un intento de asesinato, no puede moverse del lugar del hecho y es carbonizada por la caída de un rayo, fallece a causa de un accidente en su traslado al hospital (BGH I, 332 [334]) o muere como consecuencia de un error médico (OLG Celle NJW 1958, pág. 271). El accidente ocasionado durante un adelantamiento indebido a causa de un defecto material oculto (BGH 12, 75 [79]). Distinto es el caso en el que acaece la muerte en el hospital por una infección que es consecuencia del debilitamiento del estado de salud del paciente causado por el accidente (OLG Köln VRS 20, 278; vid. también OLG Stuttgart NJW 1982, pág. 295).

4. También decae la imputación objetiva en las hipótesis de *favorecimiento de la autolesión ajena* que tiene lugar a través de una **actuación plenamente responsable del ofendido**, debido a que en este caso el resultado es imputable a la esfera de riesgo de la víctima (BGH 24, 342: cooperación imprudente a un suicidio; BGH 32, 262: participación en el consumo conjunto de heroína a consecuencia del cual fallece la otra persona; BGH NStZ 1985 pág. 25: accidente mortal del interviniente en un consumo compartido de sustancias estupefacientes; un supuesto distinto lo constituyen las BGH 32, 367 y BGH NStZ 1984, pág. 452 en las que existía una posición de garante del autor en relación con el cuerpo o la vida de quien se autolesiona, así como en las BGH NStZ 1986, pág. 266 y OLG Stuttgart NStZ 1985, pág. 25 en las que concurría un conocimiento detenido de los hechos por parte del autor)⁴⁴. Lo mismo sucede cuando la víctima de una

⁴³ De acuerdo con ello *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt págs. 99 ss.; *Hardwig*, JZ 1968, pág. 291; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núms. 46 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 7/79, 81; *Krümpelmann*, BockelmannFestschrift págs. 453 ss.; *Roxin*, Gallas-Festschrift pág. 242; *Otto*, JuS 1974, págs. 704 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 95 ss. antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 64 antes del § 1; *Wolter*, Objektive Zurechnung págs. 341 ss. Desde luego que si el comportamiento del primer sujeto dañoso continúa influyendo sobre el daño posterior (por ejemplo, el conductor de la ambulancia conduce demasiado deprisa para salvar al lesionado), también este último daño es objetivamente imputable al primer interviniente vid. *Puppe*, ZStW 99 (1987) págs. 610 ss. Crítico en relación con la teoría del ámbito de protección de la norma *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 80 ss.

⁴⁴ Crítico al respecto, *Geilen*, JZ 1974, págs. 145 ss. Entretanto, se ha impuesto la impunidad de la colaboración al suicidio de otro o a una autopuesta en peligro ajena que se desarrollan

lesión corporal origina por su culpa su propia muerte cuando, por ejemplo, rechaza una operación que presumiblemente le salvaría la vida. Por el contrario, hay que afirmar la imputación objetiva en una autolesión inferida a través de *acciones de salvamento peligrosas* que el autor ha desencadenado mediante la comisión de su delito, sin tener en cuenta la existencia de un deber de rescate o si la puesta en peligro del auxiliador pertenece a la esfera de riesgo del autor (BGH JZ 1994, pág. 687 con comentario de Sowada pág. 663). Si con la imprudencia el autor pone en peligro a otras personas, le es imputable la muerte o los daños a la salud causados si con ello ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, aún cuando los ofendidos se expusieran al peligro en el cumplimiento de su deber y teniendo conocimiento de aquél⁴⁵ (BGH 17, 359: contagio imprudente de la viruela al personal de la clínica).

5. Asimismo, en los delitos imprudentes tampoco es imputable el resultado producido por el comportamiento contrario a deber que, con una probabilidad cercana a la seguridad, también habría acaecido en el supuesto de haberse desarrollado una conducta adecuada al deber (**caso del comportamiento alternativo adecuado a Derecho**) (BGH 11, 1 [7]; 24, 31 [34]; 33, 61 [63])⁴⁶. Aquí sólo se discute la cuestión de cómo solucionar el supuesto en el que al infracción del deber de cuidado trajo consigo un incremento del riesgo para el objeto protegido que es considerablemente superior a lo normal (*problema del incremento del riesgo*) (vid. más detalladamente *infra* § 55 II 2baa). Continúa existiendo la imputación objetiva del resultado si, de no haber sido causado éste por el autor, éste habría acaecido por otra causa con la misma intensidad y al mismo tiempo

libremente y bajo la propia responsabilidad, siempre que dicha colaboración se lleva a cabo por un autor que carece de la posición de garante y sin un conocimiento reflexivo de la situación; vid. Roxin, NStZ 1984, pág. 411; *el mismo*, NStZ 1985, pág. 319; Schünemann, JA 1975, pág. 721; Otto, Jura 1984, pág. 536; *el mismo*, TröndleFestschrift págs. 157 ss.; Kienapfel, JZ 1984, pág. 533; Stree, JuS 1985, pág. 179; Herzberg, JA 1985, págs. 135 ss.; SK (Rudolphi) nota preliminar núms. 79 ss. antes del § 1; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núms. 101 ss. antes del § 13; Wessels, Allg. Teil núm. 187; Schumann, Selbstverantwortung pág. 6. Sin embargo, se muestran críticos con la responsabilidad derivada de la posición de garante Eser, Medizinrecht 1985, págs. 11 ss.; Roxin, NStZ 1985, pág. 319; Stree, JuS 1985, pág. 183; Fünfsinn, StV 1985, pág. 59. En el sentido del BGH Herzberg, JA 1985, págs. 184 ss. No obstante, en los supuestos relacionados con las drogas la no imputación del resultado en la autopuesta en peligro de la víctima llevada a cabo de forma consciente y plenamente responsable, tiene que limitarse mediante la idea de que el bien jurídico protegido en los delitos relativos al tráfico de estupefacientes no es sólo la vida y el cuerpo del sujeto en particular, sino que el protagonismo lo posee la salud pública (BGH 37, 179 [182]).

⁴⁵ SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 81 antes del § 1. Disienten de ello Roxin, Gallas-Festschrift págs. 246 ss.; Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt págs. 112 ss.

⁴⁶ Roxin, Allg. Teil I § 11 núms. 72 ss.; Erb, Rechtmäßiges Alternativverhalten págs. 295 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 99 antes del § 13; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 529 ss.

(**cursores causales hipotéticos**) (BGH 1, 330; 2, 24; 13, 13; 30, 228 con comentario de *Puppe*, JuS 1982, pág. 660; LG München VRS 62, 40)⁴⁷. Esto rige también cuando la causa hipotética sustitutiva de la real viene constituida por un fenómeno natural (el autor derriba un avión mediante la colocación de una bomba aunque aquél se habría precipitado al mismo tiempo a causa de los daños en el motor). Tampoco es admisible una excepción en el supuesto de que por su parte el autor hipotético hubiera desarrollado una conducta permitida (el caso académico del padre que empuja al verdugo y consigue por sí mismo que la guillotina caiga sobre el asesino de sus hijos).

6. Hay que afirmar la imputación objetiva incluso cuando el ofendido sufre los daños sólo como consecuencia de su **constitución anormal**, puesto que el ámbito de protección de la norma también abarca puestas en peligro tan atípicas y el riesgo jurídicamente desaprobado se ha plasmado en el resultado (RG 54, 349, BGH 14, 52: casos de hemofílicos; BGH LM § 222 núm. 1: muerte por anquilosis de la columna vertebral del ciclista accidentado; OLG Stuttgart NJW 1956, págs. 1451 ss.: muerte de una persona accidentada a causa de su elevada predisposición a la trombosis). El problema en estos casos reside en la cuestión relativa a la previsibilidad de la muerte.

7. Finalmente, la imputación del resultado más grave en los **delitos cualificados por el resultado** sólo es afirmable cuando éste está vinculado de tal modo con la figura básica que el riesgo específico de ésta se ha materializado en el resultado. Además, tal y como ha señalado la jurisprudencia más reciente, ello no depende de la inmediatez temporal de la relación. Lo decisivo es, más bien, que el *riesgo típicamente vinculado* con la acción del hecho se ha realizado en el resultado (vid. *supra* § 26 II 1 a).

V. Las teorías individualizadoras de la causalidad

En la actualidad estas teorías han dejado de poseer significado alguno (al respecto vid. la 2.^a ed. de esta obra pág. 215).

§ 29 Dolo y error de tipo

Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; *Arzt*, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, pág. 54; *Bähr*, Strafbarkeit ohne Verschulden (Strict Liability) im Strafrecht der USA, 1974; *Behrendt*, Vorsatzgrenze usw., en:

⁴⁷ *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 97 antes del § 13; *Jakobs*, Allg. Teil 7/92 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 59 ss. antes del § 1; *Roxin*, Allg. Teil I § 11 núms. 48 ss.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 562 ss. Disienten parcialmente *Kahrs*, Vermeidbarkeitsprinzip págs. 78 ss.; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 200 ss.; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe págs. 86 ss., 142 ss.

Schwarzel/Graf Vitzthum (Edrs.), Grundrechtsschutz im nationalen und internationalen Recht, 1983, pág. 1; *Bockelmann*, Anmerkung zu BGH 9, 142, JZ 1956, pág. 698; *el mismo*, Über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 252; *Brammsen*, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes usw., JZ 1989, pág. 71; *Buchala*, Der Dolus eventualis in der polnischen Strafrechtslehre und Rechtsprechung, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 377; *Cramer*, Anmerkung zu BayObLG, JZ 1968, pág. 29; *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 1895; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Der finale Handlungsbegriff, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 141; *el mismo*, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 165; *Fletcher*, Rethinking Criminal Law, 1978; *de Francesco*, Dolo eventuale e colpa cosciente, Riv it dir proc pen 1988, pág. 113; *Frisch*, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat, GA 1972, pág. 321; *el mismo*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Vorsatz und Mitbewußtsein usw., Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 311; *el mismo*, Gegenwartprobleme des Vorsatzbegriffs usw., Gedächtnisschrift für K. Meyer, 1990, pág. 533; *el mismo*, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? JuS, 1990, pág. 362; *el mismo*, Offene Fragen des dolus eventualis, NStZ 1991, pág. 23; *Geck*, Die Grenzen der Vorsatzhaftung im französischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1967; *Gehrig*, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen, 1986; *Geilen*, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 173; *Geppert*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, Jura 1986, pág. 610; *Germann*, Grundlagen der Strafbarkeit nach dem Entwurf des Allgemeinen Teils eines deutschen StGB von 1958, ZStW 71 (1959) pág. 157; *el mismo*, Vorsatzprobleme usw., SchwZStr 77 (1961) pág. 345; *Großmann*, Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924; *Grünwald*, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 281; *Gschwind*, Zur Kriminologie des Vorsatzes, Festschrift für O. A. Germann, 1969, pág. 59; *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *Hassemer*, Kennzeichen des Vorsatzes, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 289; *Herzberg*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit usw., JuS 1986, pág. 249; *el mismo*, Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen usw., Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 163; *el mismo*, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ 1988, págs. 573, 635; *Hettinger*, Die Bewertung der "aberratio ictus" beim Alleintäter, GA 1990, págs. 53 1; *Hillenkamp*, Dolus eventualis und Vermeidewillen, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 351; *el mismo*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen usw., 1971; *v. Hippel*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903; *el mismo*, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDA, Tomo III, 1908, pág. 373; *Hruschka*, Zum Tatvorsatz bei zweiaktigen Delikten usw., JZ 1973, pág. 12; *el mismo*, Rückkehr zum dolus subsequens, JZ 1973, pág. 278; *el mismo*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 191; *Jakobs*, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten,

1967; *Jescheck*, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 473; *Joerden*, Der auf Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz, ZStW 95 (1983) pág. 565; *Kargl*, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1993; *Armin Kaufmann*, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 70 (1958), pág. 64; *Arthur Kaufmann*, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; *Ekkehard Kaufmann*, Die Erfolgshaftung, 1958; *Kindhäuser*, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 (1984) pág. 1; *el mismo*, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA 1990, pág. 407; *Köhler*, Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981, pág. 285; *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994; *Krumpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *el mismo*, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975) pág. 888; *Kühl*, Grundfälle zu Vorbereitung usw., JuS 1980, pág. 273; *Küper*, Vorsatz und Risiko usw., GA 1987, pág. 479; *Küpper*, Das Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1988) pág. 758; *Lacmann*, Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre usw., ZStW 31 (1911) pág. 142; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1971; *Lenckner*, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, pág. 1890; *Less*, Genügt "bedingtes Wollen" zum strafbaren Verbrechensversuch? GA 1956, pág. 33; *Levenson*, Good Faith Defenses, Cornell Law Review 78 (1993) pág. 401; *Liebscher*, Strafrecht im Umbruch, ZfRV 1970, pág. 181; *Liepmann*, Gedanken über den Rechtsirrtum im Strafrecht, ZStW 38 (1917) pág. 21; 39 (1918) pág. 115; *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, 1895; *Morkel*, Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, NSZ 1981, pág. 177; *Nowakowski*, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958, págs. 355, 388; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Pallin*, Lage und Zukunftsaussichten der österreichischen Strafrechtsreform im Vergleich mit der deutschen, ZStW 84 (1972) pág. 198; *Philipps*, Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, ZStW 85 (1973) pág. 27; *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964; *el mismo*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGE im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, pág. 236; *Prittowitz*, Dolus eventualis und Affekt, GA 1994, pág. 454; *Prosdocimi*, Dolus eventualis, 1993; *Puppe*, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, pág. 145; *la misma*, Zum Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991) pág. 41; *la misma*, Vorsatz und Zurechnung, 1992; *Ross*, Über den Vorsatz, 1979; *Roxin*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1964, pág. 53; *el mismo*, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962) pág. 516; *el mismo*, Unterlassung usw. im neuen StGB, JuS 1973, pág. 197; *Samson*, Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, pág. 449; *Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *el mismo*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schild*, Vorsatz als "sachgedankliches Mitbewußtsein", Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 241; *Schlehofer*, Risikovorsatz und zeitliche Reichweite, NJW 1989, pág. 2017; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; *la misma*, Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum zu BayObLG NJW 1992, pág. 2306, JuS

1993, pág. 14; *W. Schmid*, "Bedingter Handlungswille" beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitshandlungen, ZStW 74 (1962) pág. 48; *Schmidhäuser*, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954) pág. 27; *el mismo*, Der Begriff des bedingten Vorsatzes usw., GA 1958, 161; *el mismo*, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968; *el mismo*, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, JuS 1980, pág. 241; *el mismo*, Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 135; *R. Schmitt*, Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen, JuS 1961, pág. 25; *Schmoller*, Das voluntative Vorsatzelement, ÖJZ 1982, pág. 259; *Schneider*, Über die Behandlung des alternativen Vorsatzes, GA 1956, pág. 257; *Schröder*, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Festschrift für W. Sauer, 1949, pág. 207; *Schroth*, Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis", NStZ 1990, pág. 324; *el mismo*, Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale, 1994; *Schünemann*, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung usw., JR 1989, pág. 89; *Schultz*, Eventualvorsatz, bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 303; *Schumann*, Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH, JZ 1989, pág. 427; *Spendel*, Zum Begriff des Vorsatzes, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 167; *E. Steininger*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JBl 1987, 205; *Stratenwerth*, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71 (1959), pág. 51; *Warda*, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung usw., Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 119; *Weigend*, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93 (1981) pág. 657; *Welzel*, Vom Vergänglichen und Bleibenden usw., Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1965, pág. 173; *E. A. Wolff*, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 197; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung usw., 1972; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987.

I. El requisito de la comisión dolosa del hecho

1. La **regla general** es que el Derecho penal exige el **dolo** para el tipo subjetivo mientras que el castigo de la actuación imprudente se erige en la excepción. Esto se deriva de la disposición general relativa a la redacción de los preceptos penales, según la cual, el comportamiento doloso es punible y el imprudente impune cuando este último no está conminado expresamente con una pena (§ 15). Sobre la base de esta regulación pudo ser simplificada la utilización del lenguaje de la Ley en la Parte General. Del § 15 se desprende, además, que un hecho no puede ser imputado a su autor si no lo ha cometido dolosamente o, como mínimo, de forma imprudente¹.

¹ En Derecho penal alemán no existe responsabilidad objetiva como hasta ahora ocurría en Francia con los "délits purement matériels"; vid., en relación con el Derecho anterior, *Stefani*/

2. El § 15 no estipula nada acerca de lo que deba entenderse por dolo. Las **definiciones** de los conceptos de “dolo”, “intención” y “a sabiendas” contenidas en los §§ 16 y 17 E 1962 o las de “dolo” y “a sabiendas” del § 17 AE no han sido asumidas finalmente por el legislador², a pesar de que la fundamentación del E 1962 (pág. 129) había otorgado un valor especial, por motivos de “seguridad y claridad jurídicas”, a la determinación legal de la frontera entre el dolo y la imprudencia. Por ello, la naturaleza y el contenido del dolo deben ser desarrollados a partir de las dos disposiciones relativas al error (§§ 16 y 17) y de la contraposición del dolo y la imprudencia en el § 15 (vid. *infra* § 29 II 2).

3. En los delitos cualificados por el resultado (vid. *supra* § 26 II 1 a) la consecuencia más grave recae sobre el autor o el partícipe si, en relación con la misma, existió “al menos imprudencia” (§ 18). De ello se deduce, asimismo, que el delito cualificado por el resultado también existe cuando el autor actúa dolosamente en relación con el desenlace más grave. Naturalmente, en este caso puede ser realizado otro precepto penal que prevea una pena más alta que desplace al delito cualificado por el resultado. En numerosos supuestos en los que se prevén infracciones de esta naturaleza, la Ley no sólo exige imprudencia sino temeridad (por ejemplo, §§ 176 IV³, 177 III⁴, 251) (vid. *infra* § 54 II 2). De todas formas el dolo referido al suceso más grave entra dentro del tipo del delito cualificado por

Levasseur/Bouloc, Droit pénal général núm. 234. El nuevo Código penal francés en su art. 121-3, párrafo primero, señala que los delitos graves y menos graves presuponen la actuación dolosa. Los comportamientos imprudentes, para ser punibles, deben estar conminados expresamente con pena (art. 121-3, párrafo segundo, Cp). De acuerdo con el art. 339 de la Ley de Adaptación de 16.12.1992 el requisito de la imprudencia también rige para los delitos menos graves del Derecho penal especial que, hasta el momento, sólo presuponían la responsabilidad objetiva; esto rige, incluso, aunque su comisión negligente no esté prevista expresamente por la Ley. La responsabilidad objetiva tan sólo subsiste para las faltas (contraventions) (art. 121-3, párrafo tercero, Cp); sobre ello *Pradel*, Le nouveau Code pénal pág. 93. También existe responsabilidad objetiva en Derecho anglo-americano en los casos de “strict liability”; vid. *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 201 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law págs. 99 ss.; *Honig*, Das amerikanische Strafrecht págs. 35 ss.; *Bähr*, Strafbarkeit ohne Verschulden págs. 34 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 340 ss.; *Fletcher*, Rethinking págs. 442 ss.; *Levenson*, Cornell Law Review 78 (1993) pág. 401. Asimismo, el Derecho penal italiano acoge casos de responsabilidad objetiva. Sólo el art. 12 del Proyecto de 1992 pretende suprimirlos. A favor de la introducción de un grado intermedio de acuerdo con el modelo americano de la “recklessness” que englobaría el dolo eventual y la imprudencia consciente, *Weigend*, ZStW 93 (1981) págs. 657 ss.

² Acerca de su fundamentación BT-Drucksache VI/4095 pág. 8. Con razón exige *Roxin*, JuS 1973, pág. 201, como mínimo una definición de dolo eventual con la que se pueda determinar legalmente su delimitación frente a la imprudencia consciente. El dolo aparece definido en el § 5 österr. StGB así como en el art. 18 II del StGB suizo.

³ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 176 b (N del T).

⁴ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 178 (N del T).

el resultado, puesto que el § 18 debe entenderse en el sentido de incluir también a la temeridad (BGH-GS 39, 100).

Ejemplos: La lesión corporal dolosa con producción imprudente de un daño corporal más grave (vgr., la pérdida de un ojo) entra dentro del § 224⁵. Por el contrario, si la lesión más grave fue producida por temeridad o dolo eventual entonces es aplicable el § 225 I⁶. En caso de que concorra intención o conciencia ("wissentlichkeit") estaremos en presencia del caso cualificado de la lesión corporal especialmente grave (§ 225 II)⁷. El § 251 presupone que el ladrón ha causado temerariamente (esto es, por burda imprudencia) la muerte de otro; si mata con dolo eventual o, incluso, intencionadamente, junto a los §§ 211/212 se aplica en concurso ideal el § 251 pues una forma de culpa más grave como el dolo, en atención al estrecho límite mínimo de los §§ 251 y 250 II⁸ frente al § 213, no puede ser tratada más benignamente que la temeridad como modalidad de culpa más leve (vid. *supra* § 26 II 1 a).

II. Origen, esencia y objeto del dolo

1. El concepto de dolo se remonta al Derecho romano tardío y fue una de sus grandes aportaciones⁹. Por el contrario, el Derecho común conservó durante largo tiempo la idea de la responsabilidad por el resultado y tan sólo dejó impunes determinados supuestos *típicos* de hechos inintencionados que aparecían como obra del azar¹⁰. Los juristas italianos de la Edad Media tomaron del Derecho romano el concepto de "dolum" convirtiéndolo en presupuesto de todos los delitos graves. La CCC y la emergente doctrina penal alemana se adhirieron a la Ciencia jurídica italiana¹¹. En verdad que aunque la praxis del Derecho común, por motivos probatorios, retornaba siempre a una imputación orientada a los elementos objetivos (indicios) y negaba el punto de vista de

⁵ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 I (N del T).

⁶ Debe tenerse en cuenta que el § 226 II vigente, cuyo contenido se corresponde parcialmente con el anterior § 225, ya no contiene la comisión del resultado más grave mediando temeridad. Actualmente sólo alude a su ocasionamiento "intencional" ("beabsichtlich") o "a sabiendas" ("wissentlich") (N del T).

⁷ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 II. Vid., asimismo, la nota a pie precedente (N del T).

⁸ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 250 III (N del T).

⁹ Vid. el conocido rescripto del Emperador Adriano (117-138) "In maleficiis volutas spectatur, non exitus" (Dig. 48, 8, 14); sobre ello, con más detalle, *Löffler*, Schuldformen págs. 67 ss.; *Mommesen*, Römisches Strafrecht págs. 85 ss.

¹⁰ Al respecto vid. *Eb. Schmidt*, Einführung págs. 31 ss. en contra de *Ekkehard Kaufmann*, Die Erfolgshaftung págs. 66 ss.

¹¹ Vid. *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren págs. 36 ss.; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 107 ss.

la probabilidad (*dolus indirectus*) en el tratamiento de los daños consecutivos del delito, sin embargo el concepto de dolo permaneció en su integridad como una indiscutible herencia común de los ordenamientos punitivos de la Europa continental¹².

2. De acuerdo con una definición inexacta aunque usual, el dolo significa **conocer y querer los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal** (RG 58, 247 [248]; 70, 257 [258]; BGH 36, 1 [9]; BGH NSTZ 1988, pág. 175)¹³. Para ser exactos, la voluntad que aspira a la consecución del resultado sólo es parte integrante de la forma más frecuente del dolo: la intención ("*Absicht*") (vid. *infra* § 29 III 1). En el dolo directo (vid. *infra* § 29 III 2) y en el eventual (vid. *infra* § 29 III 3) el autor no pretende alcanzar el resultado sino que, simplemente, sabe que el mismo está vinculado de forma necesaria o posible con la acción desarrollada *voluntariamente*. A causa de la diversidad de las modalidades del dolo aquí se renuncia a una definición global del mismo. Basta con definir por sí misma cada una de ellas (vid. *infra* § 29 III). No obstante, con carácter general puede

¹² Las mismas estructuras que en el Derecho penal alemán se confieren al dolo pueden encontrarse también en Austria, vid. *WK (Nowakowski)* § 5 núms. 2 ss.; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 160 ss.; *Kienapfel*, Grundriß Z 15 núms. 2 ss. y en Suiza, vid. *Germann*, SchwZStr 77 (1961) págs. 348 ss.; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 78 ss. También la doctrina francesa diferencia en el dolo (*dol*) un elemento intelectual y otro volitivo ("*conscience et volonté infractionnelles*"); vid. *Merle/Vitu*, Traité I núm. 547; *Geck*, Grenzen der Vorsatzhaftung págs. 4 ss.; lo mismo sucede con la literatura belga; vid. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 420 ss. En Italia existe una discusión muy parecida a la que se desarrolla en Alemania; vid. *Fiandaca/Musco*, Diritto penale págs. 261 ss.; *Mantovani*, Diritto penale págs. 319 ss. Lo mismo rige para España, vid. Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, Derecho penal págs. 459 ss.; *Cerezo Mir*, Curso págs. 363 ss. En relación a la definición de dolo en el art. 18 I del Código penal brasileño *Fragoso*, Lições págs. 175 ss. (en adhesión a la teoría italiana) así como *da Costa jr.*, Comentários, Art. 18 comentarios II y III. La doctrina y jurisprudencia holandesas luchan especialmente por una delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente; vid. *Pompe*, Handboek págs. 172 ss.; *Hazewinkel/Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 199 ss.; *Pompe*, Das niederländische Strafrecht págs. 79 ss.; *van Bemmelen/van Veen*, Ons Strafrecht págs. 111 ss. (acerca del dolo eventual de modo parecido a como aquí se expone en el texto principal pág. 122). Por el contrario y de un modo diverso, el Derecho penal anglo-americano conecta con la vieja responsabilidad por el resultado en los casos del "*constructive intent*", vid. *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 194 ss. y *Honig*, Das amerikanische Strafrecht págs. 116 ss. Pero, básicamente, aquí también rige la máxima: "*actus non facit reum nisi mens sit rea*"; vid. sobre ello *Glanville Williams*, Criminal Law pág. 31; *Kenny/Turner*, Outlines págs. 26 ss.; *LaFare/Scott*, Substantive Criminal Law I pág. 270; *Smith/Hogan*, Criminal Law págs. 53 ss.; *Ross*, Über Vorsatz págs. 47 ss.

¹³ Así, por ejemplo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 389; *Dreher/Trändle*, § 15 núm. 2; *Lackner*, § 15 núm. 3; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 4; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 9; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 1; *Wessels*, Allg. Teil núm. 203. Negando la diferenciación entre el conocer y el querer *Kargl*, Der strafrechtliche Vorsatz pág. 71.

decirse que, aunque de un modo diferenciado, las tres clases de dolo se significan por poseer un momento intelectual y otro volitivo¹⁴. El momento *intelectual* del dolo (el conocimiento) se toma del § 16 relativo al error de tipo. Si se excluye el dolo por la falta de conocimiento de las circunstancias que pertenecen al tipo legal, de ello se deduce a *sensu contrario* que el dolo requiere el conocimiento de tales circunstancias. De la regulación del error de prohibición en el § 17 se concluye, además, que el dolo no presupone el conocimiento de la antijuricidad puesto que de acuerdo con el § 17, inciso segundo, en el supuesto de un *error* de prohibición vencible es de aplicación el tipo doloso, si bien con la atenuación de la pena prevista en el § 49 I. El momento *volitivo* se desprende de la confrontación entre el dolo y la imprudencia que realiza el § 15, pues de una comprensión prejurídica de los conceptos de dolo e imprudencia ya resulta que la distinción entre ambas formas de imputación subjetiva reside en la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. Sin embargo, como ya se dijo, hay que tener en cuenta que el resultado típico sólo integra el contenido de la voluntad en la intención ("Absicht"), mientras que en el dolo directo y eventual dicha voluntad se limita a la ejecución de la acción típica que pone en peligro el objeto de la acción.

Ejemplo: Si los autores son conscientes de que el estrangulamiento de la víctima puede originar su muerte y aceptan ese riesgo pero quieren evitar su fallecimiento, entonces está ausente la voluntad dirigida al resultado. No obstante, la acción del estrangulador se efectúa conscientemente. A causa de ello entra en juego el dolo aunque sólo en su modalidad eventual porque el autor se ha conformado con la muerte para el caso de que ésta acaezca (BGH 7, 363 [369 ss.]; de otra opinión la BGH NStZ 1988, pág. 175, donde el autor no se había conformado con el advenimiento de la muerte del niño confiado a su cuidado a raíz de un golpe que le propinó en la cabeza).

El conocimiento del autor debe referirse a los elementos del tipo que residen tanto en el pasado como en el presente. Además, el autor debe prever que el resultado exigido por el tipo sucederá o podrá suceder, debiendo reconocer en sus rasgos esenciales la forma en la que su acción origina dicho resultado. El elemento volitivo del dolo consiste en la resolución dirigida a la realización de la acción

¹⁴ Un sector minoritario de la doctrina niega la existencia de un elemento volitivo en el dolo; así, *Frisch*, Vorsatz und Risiko págs. 255 ss.; *Herzberg*, JZ 1988, pág. 573; *Kindhäuser*, ZStW 96 (1984) págs. 1 ss.; *Schlehofer*, NJW 1989, págs. 2019 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 178 ss.; *el mismo*, Vorsatzbegriff págs. 14 ss.; *el mismo*, Oehler-Festschrift págs. 156 ss.; *Schmoller*, ÖJZ 1982, pág. 285; *Schumann*, JZ 1989, pág. 430. En contra, lo exigen también para el dolo eventual, *Brammsen*, JZ 1989, pág. 71; *Küper*, GA 1987, pág. 508; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 61; *Küpper*, ZStW 100 (1988) págs. 764 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 203; *Ziegert*, Vorsatz págs. 59 ss.; *Spendel*, Lackner-Festschrift págs. 181 ss.

típica y en la ejecución de tal decisión; en la intención ("Absicht") también estriba en alcanzar el resultado típico¹⁵. Mediante la resolución el dolo se diferencia de las simples ilusiones, deseos y esperanzas. Asimismo, el dolo debe existir en el momento del hecho, por lo que es irrelevante un dolo precedente o posterior (dolus antecedens y subsequens, respectivamente)¹⁶.

Ejemplo: La esposa se había refugiado en el vestíbulo de la vivienda huyendo de los malos tratos de su marido. Allí sufrió una caída que le produjo una hemorragia cerebral. El marido la pateó repetidas veces en la cara con ánimo de matarla y la muerte le sobrevino horas después a causa del avance de la hemorragia cerebral. En este supuesto sólo existe un homicidio intentado y no uno consumado porque el dolo de matar fue posterior a la caída en la que residía la causa del fallecimiento (BGH NStZ 1983, pág. 452). En la sentencia no se discutió el problema relativo a un homicidio doloso por la omisión del auxilio.

¹⁵ Por el contrario, según *Frisch*, Vorsatz und Risiko págs. 57 ss., el dolo no debe ir referido al resultado. De otra opinión, con razón, *Küper*, GA 1987, pág. 503. Acerca de la aplicación a los hechos dolosos de los esquemas generales de interpretación de índole psicológica, vid. *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes págs. 26 ss. Aquí se evidencia especialmente que el momento intelectual del dolo puede consistir en una representación imprecisa e irreflexiva ("conciencia") a la que no se le presta atención (págs. 91 ss.). Sobre esto también *Schewe*, Bewußtsein págs. 120 ss.; *Bockelmann*, Radbruch-Gedächtnisschrift págs. 255 ss. así como (parcialmente crítico) *Frisch*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 342 ss. y *Schild*, Stree-Wessels-Festschrift págs. 263 ss. Ocasionalmente ello no es tenido en consideración por la jurisprudencia (vid. RG 73, 164 [168]; BGH NJW 1953, pág. 152; acertadamente, BayObLG NJW 1977, pág. 1974; crítico al respecto, *Köhler*, GA 1981, págs. 296 ss.). Acertadamente sobre el impulso instintivo como elemento volitivo *Gschwind*, Germann-Festschrift págs. 59 ss. Las consecuencias que extrae para la determinación de la pena (pág. 68) deben ser admitidas. En relación con las acciones pasionales y en cortocircuito como un comportamiento directivo pero inconsciente *Schewe*, Reflexbewegung págs. 27 ss. No puede dudarse de que también estas acciones son dolosas en el sentido del Derecho penal. *Schewe* se sitúa para ello en el curso exterior de la acción (págs. 110 ss.). *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift págs. 334 ss. subraya con razón el significado de los *pre-estadios conscientes* de los hechos pasionales. En lo tocante a la prueba del dolo inferida de los hechos externos *Hruschka*, Kleinknecht-Festschrift pág. 201.

¹⁶ El dolo debe subsistir hasta el momento en el que el autor ha concluido la acción que considera necesaria para el ocasionamiento del resultado; en el caso de que el dolo cese antes de la producción del resultado el autor sigue siendo responsable por la consumación; vid. *Herzberg*, Oehler-Festschrift págs. 167 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 76. Si en los delitos mutilados en dos actos (vid. supra § 26 II 5) el dolo, en la ejecución del primer acto, ya debe estar dirigido a la realización del segundo, es algo que se desprende de la interpretación del tipo correspondiente (vgr., §§ 249, 237 [el § 237 se encuentra actualmente derogado N del T], 257); sobre la cuestión vid. *Hruschka*, JZ 1973, págs. 12 y 278; *Dreher*, JZ 1973, pág. 276; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 25. En relación con la variación del dolo durante la ejecución del hecho, *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierungen págs. 5 ss.

3. El dolo debe referirse a todos los elementos del **tipo objetivo**.

a) Los objetos del mundo real son los más fácilmente reconocibles por el autor al ser inmediatamente accesibles a la percepción (persona, animal, hombre, mujer, edificio, barco, puente, corriente de agua). En los elementos *descriptivos* del tipo (vid. *supra* § 26 IV 1), que presuponen un conocimiento espiritual, debe haber sido entendido su significado natural (por ejemplo, “dañar” en el § 303). En los elementos *normativos* del tipo (vid. *supra* § 26 IV 2) se requiere el pleno conocimiento de su significado (vgr., “cosa mueble ajena” en el § 242 [al respecto, OLG Celle, Nds. Rpfl. 1985, pág. 148]; “documento público” en el § 271; “peligro común o necesidad” en el § 323c; lo mismo rige para los elementos del autor como “funcionario público”, §§ 11 I núm. 2, 331 ss., o “juez”, §§ 11 I núm. 3, 336¹⁷)¹⁸. Sin embargo, aquí no es necesario que el autor conozca la definición jurídica del concepto correspondiente (de lo contrario, sólo los juristas podrían actuar dolosamente), sino que basta con que posea una idea de cuáles son los hechos a los que el legislador quiso extender la protección de la norma penal. Con otras palabras, en relación a los elementos normativos del tipo el dolo presupone que el autor vislumbra por sí mismo, a su propio nivel de comprensión, la valoración del legislador materializada en el concepto en cuestión (“**valoración paralela en la esfera del profano**”)¹⁹.

Ejemplos: Quien perjudica el rendimiento de un caballo dañando su sistema nervioso (§ 303) no puede hacer valer que él no consideraba al caballo como una cosa (RG 37, 411). No puede ser estimada la alegación de un minorista de calzados consistente en que no consideraba como documento (§ 267) la impresión del precio en los zapatos, si había comprendido el significado material de la información como una declaración relevante a efectos de prueba (RG 53, 237 [240]). El abogado que “contrariamente a su deber” actúa para ambas partes en un mismo proceso (§ 356), debe haber reconocido los intereses con-

¹⁷ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 339 (N del T).

¹⁸ En contra, *Frisch*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 327; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 42. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, también la edad de la víctima debe ser conocida por el autor cuando aquélla se contiene en el tipo (z.B. § 176); vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 176 núm. 10. De otra opinión al respecto, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 490 nota a pie núm. 9.

¹⁹ Esta es la conocida teoría que ha desarrollado *Mezger*, Lehrbuch pág. 238, en adhesión a *Binding*, Normen Tomo III págs. 146 ss., y que posee un reconocimiento generalizado; vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 49; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 43; *Jakobs*, Allg. Teil 8/49; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 23. En relación con el acercamiento entre el idioma especializado y el cotidiano en el “proceso de comunicación entre el juez y el autor”, *Arthur Kaufmann*, Parallelwertung págs. 36 ss. Limitadamente *Schlüchter*, Irrtum págs. 115 ss., a través de la teoría de que el autor sólo debe haber reconocido el significado lesivo de su comportamiento. Mostrando su rechazo a la valoración paralela, *Kindhäuser*, GA 1990, pág. 417; *Puppe*, GA 1990, pág. 157.

trapuestos existentes entre los mandantes (BGH 7, 17 [21ss.]). En el falso testimonio el autor debe saber que jura ante una "autoridad competente para tomar juramento" (BGH 3, 247 [255]; incorrectamente, BGH 1, 13 [17]). En los negocios crediticios se debe haber reconocido la función económica del empresario como "institución de crédito" (BGH 4, 347 [352]). Naturalmente que quien no advierte correctamente el significado de un elemento normativo del tipo también está sujeto al error de prohibición como sucede, por ejemplo, cuando el autor piensa que desinflar intencionadamente los neumáticos de un vehículo no es "dañar" en el sentido del § 303 (BGH 13, 207) (vid. *infra* § 29 V 7 a).

b) Si la producción de un resultado o de un peligro concreto pertenece al tipo, entonces el dolo debe extenderse a su acaecimiento; además, debe abarcar en sus rasgos esenciales al curso causal que conduce a la realización del resultado.

c) Asimismo, el dolo debe referirse a los *ejemplos reglados* cuando concorra un caso especialmente grave (por ejemplo, § 243), aunque aquéllos no pertenezcan al tipo y sí al ámbito de la determinación de la pena (BGH 26, 176 [180 ss.]; 244 ss.) (vid. *supra* § 26 V 2). Lo mismo sucede con los "*casos (innominados) especialmente graves*" (vgr., § 263 III) (vid. *supra* § 26 V 1). Aquí el dolo debe haber comprendido las circunstancias en las que el juez divisa el caso especialmente grave²⁰, pues no puede establecerse diferencia alguna entre el supuesto donde el propio legislador ha formulado los presupuestos de una agravación de la pena y aquel otro en el que ha delegado su determinación al juez (de otra opinión, RG JW 1936, pág. 1677; RG JW 1938, pág. 504). Más allá, el dolo es exigido para todas las *circunstancias* objetivas que influyen en la *determinación de la pena* y que deben ser tenidas en cuenta en perjuicio del autor. Esto rige también para ciertas consecuencias del delito (§ 46 II: secuelas del hecho *realizadas de forma culpable*), pues de haberlas configurado el legislador como elementos del tipo deberían ser asimismo abarcadas por el dolo²¹. Sólo se plantea una excepción cuando se trata de un resultado lesivo que pone de manifiesto la realización del peligro típico consustancial a la acción del tipo penal. Para estos casos puede recurrirse por analogía al § 18 y, con ello, conformarse con la existencia de imprudencia, pues dicho precepto sería de aplicación si el legislador hubiera configurado la consecuencia más grave como elemento del tipo (vid., con más detalle, *infra* § 83 II 3)²².

²⁰ Así, con razón, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 29; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 8.

²¹ En este sentido, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 31; mostrando sus dudas *Lackner*, § 46 núm. 34; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 8.

²² Así, *Bruns*, *Strafzumessungsrecht* págs. 422 ss.; *Frisch*, GA 1972, págs. 330 ss.; *SK (Horn)* § 46 núm. 109 (limitado sólo al ámbito de protección de la norma). Por lo general debe bastar con la imprudencia según *LK (10.ª)* (*G. Hirsch*) § 46 núm. 47. Exigen el dolo en todos los casos *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núms. 26 ss.; el criterio mantenido por la BGH 10, 259 está superado pues el § 46 II alude a las secuelas del hecho "realizadas culpablemente".

d) Para que pueda ser indagado su punto de referencia con el dolo, los *elementos de la valoración global del hecho* (vid. *supra* § 25 II 2) deben dividirse en aquellas partes integrantes que describen los hechos (elementos del tipo) y aquellos destinados a su valoración jurídica (antijuricidad). Según ello el dolo sólo debe comprender la dimensión fáctica porque la valoración de ésta es tratada de conformidad con las reglas relativas al conocimiento de la antijuricidad (vid. *infra* § 41 II 1 a)²³. Lo mismo sucede con los *elementos de la culpabilidad* concebidos objetivamente que presuponen una determinada configuración exterior del hecho (vid. *infra* § 42 II 1). También aquí el autor debe ser consciente de la situación objetiva pero no necesita haber reflexionado sobre la valoración de su disposición interna.

4. Los **elementos subjetivos del tipo** se sitúan *junto* con el dolo. No son por sí mismos objeto del dolo pero la mayoría de ellos poseen por su parte puntos de referencia objetivos (por ejemplo, la obtención de una ventaja patrimonial ilícita en el § 263)²⁴.

III. Las clases de dolo

Se distinguen **tres tipos de dolo**: la intención, el dolo directo (*dolus directus*) y el dolo eventual (*dolus eventualis*) (vid. § 225 I y II²⁵)²⁶.

²³ Asimismo, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 22; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 17.

²⁴ Igualmente, *Dreher/Tröndle*, § 16 núms. 3 y 13; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 24. Con mayor detenimiento *Engisch*, *Rittler-Festschrift* pág. 172.

²⁵ Vid. nota a pie núm. 6 (N del T).

²⁶ En parte se utiliza una terminología diversa. *Blei*, *Allg. Teil* págs. 113 ss. denomina a la intención “dolo inmediato” o “dolo directo de primer grado”, al dolo directo lo llama “dolo mediato” o “dolo de segundo grado”. *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 64 distingue entre “dolo directo” (“*dolus directus*”) y dolo eventual (“*dolus eventualis*”); para estos autores, pues, el dolo directo engloba tanto los casos de intención como los que se caracterizan por un conocimiento cierto. En ocasiones el “dolo directo” también se denomina “conciencia”. De todas formas, no existe ninguna diferencia material en relación con lo expuesto en el texto principal. En el mismo sentido que aquí, *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 22 núm. 23; *Jakobs*, *Allg. Teil* 8/15 ss.; *Roxin*, *Allg. Teil I* § 12 núm. 2; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núms. 76 ss.; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 36; *Stratenwerth*, *Allg. Teil I* núms. 250 ss. *Wessels*, *Allg. Teil* núms. 210 ss., así como BGH 18, 248; österr. OGH JBl 1972, pág. 377; *Schultz*, *Einführung I* núms. 193 ss. Característico del veloz desarrollo de la Dogmática penal americana es la configuración ampliamente diferenciada de las clases de dolo e imprudencia contenidas en la Sección 2.02 del Código penal modelo (traducido por *Honig*). Vid. al respecto *Low*, en: *Commentaries*, Part I § 2.02; *LaFave/Scott*, *Substantive Criminal Law I* págs. 296 ss.

1. La **intención** significa que el autor persigue la acción típica, el resultado presupuesto por el tipo o ambos a la vez²⁷. En la intención domina el *factor volitivo* del dolo.

Ejemplos: Al exhibicionista le es característica la acción como tal en el sentido del § 183, pero para la incomodidad como resultado basta el dolo eventual. Actúa con una intención contraria a la Constitución cuando se pretende perjudicar a dicha norma (BGH 18, 246 [248]). Quien quiere eliminar a un testigo peligroso actúa con intención de matar (BGH 21, 283).

a) Se habla especialmente de intención cuando se presenta como elemento subjetivo del tipo (vid. *infra* § 30 II 1), esto es, cuando el autor persigue un resultado que va más allá del tipo objetivo, que se debe proponer conseguir conforme al mismo, pero que no precisa ser alcanzado; así ocurre, por ejemplo, con la apropiación de la cosa robada en el hurto (RG 49, 140 [142]). Característico de la intención es que el autor ajuste su comportamiento al fin propuesto y que actúa movido por el interés de su consecución. Por el contrario, es indiferente si se toma el resultado como algo seguro o tan sólo como algo probable (BGH 21, 283 [284 ss.]). Resulta asimismo irrelevante si el resultado es el móvil (el motivo) del hecho o si tan sólo se trata de una meta intermedia del autor que se muestra como medio para alcanzar objetivos adicionales, mientras que la finalidad última del hecho está situada más allá del primer cometido (RG 27, 217: el motivo de la maquinación fraudulenta no era alcanzar una ventaja patrimonial sino la satisfacción de la ambición profesional del autor)²⁸. Para evitar cualquier reminiscencia acerca de la motivación, la jurisprudencia aplica generalmente la fórmula de que la intención existe cuando la producción del resultado previsto por la Ley **depende** del autor²⁹.

Ejemplos: El preso que sustrae las llaves de la prisión para utilizarlas en su fuga actúa con ánimo de apropiación puesto que ésta se encuentra en función de la disponibilidad de las llaves (BGH MDR 1960, pág. 689). Posee la intención en el sentido del § 91 en su redacción anterior (actual § 89), quien se dispone a socavar la disponibilidad de servicio de la policía con independencia de qué fines políticos pueda perseguir con ello (BGH 18,

²⁷ Asimismo, LK (11.^a) (Schroeder) § 16 núm. 76; Roxin, Allg. Teil I § 12 núm. 7; Samson, JA 1989, págs. 450 ss.; SK (Rudolphi) § 16 núm. 36. De modo incorrecto Schönke/Schröder/Cramer, § 15 núm. 66 limitan la intención a la persecución del resultado.

²⁸ Por ello es objetable la definición de Frank, § 59 Anm. VI, de que la intención es el "pensamiento motivador del resultado". En esta dirección, sin embargo, Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 399, quienes conciben a la intención como "móvil principal".

²⁹ Al respecto vid. Engisch, Untersuchungen págs. 141 ss.; además, Gehrig, Der Absichtsbegriff, 1986.

151 [155]; vid. también BGH 9, 142 [146] con comentario de *Bockelmann* JZ 1956, pág. 698, donde la expresión “dolus directus” es utilizada en un sentido diverso). Por el contrario, no posee intención de estafar el funcionario de policía berlinés que, en el tiempo en el que la zona Berlín-oeste todavía estaba separada del territorio federal, declara haber utilizado el avión como gastos de viaje para no tener que declarar que, contrariamente al reglamento, condujo hasta la República Federal atravesando el territorio de la RDA; la razón de ello reside en que el funcionario no perseguía obtener el coste más alto del vuelo sino tan sólo evitar un procedimiento disciplinario (correcta en cuanto al resultado, KG NJW 1957, pág. 882). Lo mismo sucede con alguien que en el último momento sube sin billete al tren para no perderse una clase (de otro criterio, BGH 16, 1 [5]). En el asesinato pueden concurrir el dolo eventual y el ánimo de ocultación (BGH 11, 268 [270]; 15, 291 [297]), a no ser que el autor *sólo* pueda conseguir su objetivo a través de la muerte de la víctima (BGH 21, 283 [284]).

La intención del autor sólo puede ir dirigida a un acontecimiento futuro. En relación con las circunstancias preexistentes o concomitantes al hecho no se habla de intención sino de certeza.

b) La Ley no utiliza de un modo unívoco la expresión “intención” o su proposición equivalente “para”, lo que puede conducir a dificultades interpretativas³⁰. De vez en cuando con el término “intención” sólo es excluido el dolo eventual, por lo que se declara que es suficiente la presencia de dolo directo; así sucede, por ejemplo, con la intención de dar lugar a un procedimiento oficial en el § 164 I (BGH 13, 219 [221]), la intención de asegurar una ventaja en el encubrimiento real del § 257 (BGH 4, 107) o la intención de engañar en la falsedad documental del § 267 (de otra opinión, BayObLG JZ 1968, pág. 29, con comentario crítico de *Cramer*)³¹. No obstante, la mayor parte de las veces la intención se entiende como voluntad dirigida a un objetivo. En la Parte Especial la intención se refiere frecuentemente a metas que se encuentran fuera del tipo objetivo (por ejemplo, §§ 242, 263, 184 I núm. 8 [sobre ello, BGH 29, 72 ss.]) (vid. *infra* § 30 II 1), aunque también existe ejemplos de lo contrario (§§ 87 I, 142 III 2, 225 II³² y 344, así como la utilización “final” de los verbos [vid. *supra* § 24 III 4d]). El E 1962 quiso determinar como sigue la definición legal de la intención: “actúa

³⁰ De ahí que la RG 24, 369 exigía para el § 225 [vid. nota a pie núm. 6 (N del T)] la voluntad dirigida a un objetivo (intención), mientras que según la BGH 21, 194 y *LK* (10.^a) (*Hirsch*) § 225 núm. 2; *Schönke/Schröder/Stree*, § 225 núm. 2, basta con el dolo directo.

³¹ *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 14; *Schönke/Schröder/Stree*, § 257 núm. 22; *Samson*, JA 1989, pág. 454; *Lenckner*, NJW 1967, pág. 1894.

³² Vid. nota a pie núm. 6 (N del T).

intencionadamente aquél a quien le importa realizar el hecho para el cual la Ley presupone una actuación intencionada" (§ 17 I)³³.

2. El **dolo directo** (*dolus directus*) significa que el autor sabe *con seguridad* que concurren determinados elementos del tipo o que lo harán durante su acción y, particularmente, que **prevé como algo seguro** el acaecimiento del resultado típico³⁴. Aquí domina, pues, el factor *cognoscitivo* del dolo. Por el contrario, le falta el momento característico de la intención consistente en la determinación de la acción hacia un objetivo propuesto. No obstante, dado que existe la certeza de que de todos modos el tipo se realiza, el dolo directo y la intención son asimilables en cuanto al contenido de injusto y de culpabilidad³⁵. El caso en el que el autor considera el advenimiento del resultado típico como algo **extremadamente probable** hay que tratarlo del mismo modo que cuando existe certeza sobre su concurrencia, puesto que la mayoría de los acontecimientos futuros no pueden ser previstos con absoluta seguridad. La diferencia consiste sencillamente en que aquí al menos puede estar en juego la esperanza de que el resultado no tendrá lugar por un golpe de suerte. En cualquier caso, el autor no puede recurrir a la simple esperanza de un buen acontecimiento.

Ejemplos: En el año 1875 un tal Alexander Keith, que se hacía llamar Thomas, hizo cargar a bordo de un transatlántico en Bremerhaven una caja provista de material explosivo y temporizador mecánico, para que explotara durante el trayecto marítimo y provocara el hundimiento del barco. El autor sólo estaba interesado en una estafa de seguro pues sabía con exactitud que la tripulación del barco y los pasajeros morirían a causa de la explosión. Sin embargo, la caja hizo explosión en el mismo muelle al resbalársele de las manos a un empleado de carga, causando así una catástrofe (dolo directo y aberratio ictus, vid. § 29 V 6c)³⁶. El significado práctico que puede tener la distinción entre la intención y el dolo directo lo muestra el caso resuelto por la BGH 10, 163 (170) donde para el elemento de la intención contraria a la Constitución del § 100 II en su redacción anterior fue considerada bastante la presencia de dolo directo (Caso John).

Para la caracterización del dolo directo el StGB emplea las expresiones "a sabiendas" (vgr., §§ 87 I, 225 II³⁷, 344) o "de mala fe" (por ejemplo, §§ 164 I, 187). El E 1962 había previsto la siguiente definición del dolo directo: "actúa a

³³ La doctrina mayoritaria se muestra de acuerdo con la definición reproducida; vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 114; *LK (11.ª)* (*Schroeder*) § 16 núm. 76; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 8; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 28; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 36.

³⁴ Vid. más detenidamente *Engisch*, Untersuchungen págs. 170 ss.

³⁵ De acuerdo, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 68; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núms. 18 ss.

³⁶ Vid. la exposición contenida en *Binding*, Normen Tomo 2/II pág. 851 nota a pie núm. 1.

³⁷ Vid. la nota a pie núm. 6 (N del T).

sabiendas quien sabe o prevé con seguridad que el hecho, para el que la Ley presupone una actuación consciente, ha sucedido u ocurrirá" (§ 17 II) (coincidente con esta definición, § 17 III AE).

3. La tercera clase de dolo es el **dolo eventual** (*dolus eventualis*).

a) El dolo eventual significa que el autor **considera seriamente la posibilidad de realización del tipo legal y se conforma con ella**³⁸. El contenido de injusto del dolo eventual es menor que el de las otras dos clases de dolo porque aquí ni se persigue el resultado ni tampoco es visto como algo seguro, sino que aquí es abandonado al curso de los acontecimientos aún a conciencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido; no obstante, por lo general la Ley trata del mismo modo al dolo directo y al eventual (en otro sentido, por ejemplo, el § 225 I y II³⁹). Al dolo eventual pertenece, de un lado, la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo y, de otro, que el autor se toma en serio dicho peligro. Esto último significa que el autor estima que el riesgo de realización del tipo es relativamente alto. El sujeto debe, por tanto, haber reconocido la entidad y cercanía del peligro (elemento *cognitivo o intelectual* del dolo). A la representación de la seriedad del peligro debe añadirse el hecho de que el autor se conforma con la realización del tipo (a menudo caracterizado como elemento "*volitivo*" del dolo).

³⁸ La doctrina mayoritaria se muestra de acuerdo aunque con ciertas desviaciones; vid. *Ambrosius*, Untersuchungen págs. 70 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 115; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 83; *Brammsen*, JZ 1989, págs. 81 ss.; *Gallas*, Niederschriften Tomo XII pág. 121; *Germann*, SchwZStr 77 (1961) págs. 374 ss.; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 7 A núm. 30; *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975) págs. 895 ss.; *Küpper*, ZStW 100 (1988) pág. 766; *Kühl*, Allg. Teil § 5 núms. 85 ss.; *Lackner*, § 15 núm. 24; *Roxin*, JuS 1964, pág. 61; *el mismo*, Allg. Teil I § 12 núm. 27; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 308; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 43; *E. A. Wolff*, Gallas-Festschrift págs. 222 ss.; *Haft*, Allg. Teil pág. 154; *WK (Nowakowski)* § 5 núms. 13 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 214. *Schroth*, Vorsatz pág. 120 habla en este contexto de "apropiación" de los elementos constitutivos del injusto. *Prosdocimi*, Dolus eventualis págs. 32 ss. subraya la subordinación del bien jurídico puesto en peligro frente al propio objetivo de la acción. Crítico en relación con el elemento de la "conformidad" *Jakobs*, Allg. Teil 8/21; *Koriath*, Grundlagen pág. 647; *Frisch*, K. Meyer-Gedächtnisschrift págs. 545 ss.; *el mismo*, NStZ 1991, pág. 23; *Herzberg*, JuS 1986, págs. 249 ss.; *el mismo*, JZ 1988, págs. 635 ss.; *Puppe*, ZStW 103 (1991) pág. 41; *el mismo*, Vorsatz und Zurechnung págs. 39 ss. Puede encontrarse un resumen en *Geppert*, Jura 1986, págs. 610 ss. No siempre, aunque con frecuencia, la jurisprudencia utiliza la fórmula descrita en el texto; vid. BGH VRS 59, 184; BGH en *Holtz*, MDR 1980, pág. 812; MDR 1992, pág. 319; BGH NStZ 1984, pág. 19; BGH JZ 1989, pág. 449; BGH 36, I (9). En relación con la jurisprudencia *Schroth*, NStZ 1990, pág. 324. En torno a la posición del Tribunal Supremo polaco vid. *Buchala*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 389. Acerca del Derecho italiano *de Francesco*, Riv it dir proc pen 1988, pág. 113.

³⁹ Vid. nota a pie núm. 6 (N del T).

Con ello quiere decirse que el autor se decide a añadir al alcance del objetivo de la acción por él perseguido, la realización (incierta) del tipo. Quien ante el peligro de realización del tipo de la acción punible actúa de ese modo, demuestra un menosprecio reprochable del bien jurídico protegido a causa de que el dolo eventual en su contenido de *culpabilidad* puede ser equiparado a la intención y al dolo directo. La circunstancia de que el sujeto se conforme con la probabilidad del acaecimiento del resultado caracteriza su actitud y es, por ello, un *componente de la culpabilidad*: al autor se le formula un reproche más intenso que en el caso de la imprudencia consciente a causa de su falta de convicción frente a la pretensión de validez del bien jurídico protegido; y es que en aquella aunque ciertamente el sujeto reconoce el peligro confía, sin embargo, en que el resultado no sobrevenga. De este modo, el dolo eventual está integrado por la voluntad de realización en lo concerniente a la acción típica (elemento volitivo del injusto de la acción), por la seria consideración del peligro de que el resultado acaezca (momento intelectual del injusto de la acción), así como, en último lugar, por la conformidad del autor con el advenimiento del resultado típico como ingrediente de la culpabilidad⁴⁰.

Ejemplos: En la perpetración del robo los autores utilizan un cinturón de cuero para comprimir el cuello de la víctima y dejarla inconsciente pero no para matarla. A pesar de que son conscientes de que el estrangulamiento de aquella puede originar su muerte, continuaron con el mismo hasta que la víctima dejó de moverse y murió sin que los agresores se dieran cuenta (BGH 7, 363, especialmente, 369). Cuando el autor se abalanza con su vehículo sobre un funcionario de policía y éste lo esquiva saltando en el último momento, el dolo eventual del homicidio depende de si el sujeto se había conformado con el posible resultado de muerte (BGH VRS 59, 183 [184]; BGH en *Holtz*, MDR 1980, pág. 812; coincidiendo con otros supuestos de este tipo BGH NStZ 1983, pág. 407 y 1984, pág. 19). Lo mismo sucede con el supuesto en el que se asesta una puñalada en la espalda de la víctima (BGH MDR 1983, pág. 854).

⁴⁰ El texto sigue a *Gallas*, Beiträge pág. 55; *WK* (*Nowakowski*) nota preliminar núm. 31 antes del § 3; § 5 núm. 17. En la 3.^a edición de este manual (pág. 241) también se había extendido la voluntad de la acción a la posibilidad del acaecimiento del resultado, a través de la consideración de que el autor “incluía” el resultado incierto en la resolución de la acción a través de su conformidad con el mismo. La aclaración diferenciadora sobre el dolo eventual que ahora se reproduce en el texto principal se ajusta mucho mejor a su manifestación integradora de elementos procedentes del injusto de la acción y de la culpabilidad. Consideran también la conformidad del sujeto con el resultado como un momento de la “actitud” de aquél ante la posibilidad de realización del tipo, *Kindhäuser*, ZStW 96 (1984) pág. 23; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 255; *Schumann*, JZ 1989, pág. 431. En contra *Prittitz*, GA 1994, pág. 471, para quien también es posible el dolo eventual en los hechos pasionales porque el autor puede haberse conformado con la muerte de la víctima en el arrebató de ira y durante el cual no le importaba matar a su víctima.

b) *Ambos proyectos* han recogido una definición de dolo eventual. De acuerdo con el § 16 E 1962 actúa con dolo eventual “quien tiene por posible la realización [del tipo legal] y se conforma con ello”⁴¹. Esta fórmula renuncia al elemento de la valoración seria sobre el advenimiento del resultado que, sin embargo, debe ser asumida en la definición para la determinación del grado de posibilidad que el autor se ha planteado. Según el § 17 II AE actúa con dolo “quien estima seriamente la realización de las circunstancias del hecho y se contenta con ello”. Sin embargo, la expresión “conformarse”, que ya fue utilizada anteriormente por la jurisprudencia (vid. RG 59, 3; 67, 425), es preferible a la de “contentarse” porque con aquélla queda claro que el autor soporta precisamente la incertidumbre, y se somete a ella sin dominar por su propia fuerza el curso causal en el sentido de la evitación del peligro.

c) El concepto de dolo eventual también se determina a través de la definición de la **imprudencia consciente** con la que conecta de un modo inmediato. Ésta significa que el autor, ciertamente, reconoce el peligro pero niega la existencia del peligro concreto para el objeto de la acción, pero no se lo toma en serio bien por defecto sus propias capacidades, bien por el cálculo equivocado del grado de peligro existente en una infracción contraria a deber del cuidado exigible o bien, finalmente, porque aunque se toma en serio el peligro confía en la ausencia del resultado lesivo⁴² (vid. *infra* § 54 II 1). Mientras que en el dolo eventual el autor “arriesga”, lo característico de la imprudencia consciente es el *descuido*, la *negligencia* (“Leichtsinn”)⁴³. De acuerdo con ello el § 18 II AE recoge la siguiente

⁴¹ Acerca de la relación de esta fórmula con la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal suizo (BGE 81 IV 202; 84 IV 128) vid. *Germann*, ZStW 71 (1959) pág. 161 y *Jeschek*, *Niederschriften* Tomo XII pág. 263. La praxis actual acepta la existencia de dolo eventual cuando el autor aprueba, se conforma o se contenta con el resultado cuya posibilidad se ha previsto, para el caso en el que aquél sobrevenga (BGE 92 IV 65; 96 IV 100; 103 IV 68; 104 IV 36). La fórmula recomendada en el texto principal ha sido asumida en jurisprudencia constante por el OGH austríaco (vgl. OGH JBl 1972, 541; SSSt 41, 19; EvBl 1971, 144; 1973, 22; 1975, 192 y 282; 1978, 47). Mostrándose de acuerdo, *Pallin*, ZStW 84 (1972) pág. 201; *Leukauff/Steininger*, § 5 núms. 14 ss.; *Liebscher*, ZfRV 1970, pág. 188; *Platzgummer*, JBl 1971, 239. La fórmula del texto ha sido además asumida por el § 5 I zw. Halbs. österr. StGB.

⁴² Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 84; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 27; *Kühl*, Allg. Teil § 5 núm. 75; *Wessels*, Allg. Teil núm. 220. Sobre la jurisprudencia BGH 36, 1 [10]; BGH JZ 1989, 449; BGH NSTZ 1982, pág. 506; 1983, pág. 407; 1988, pág. 175; BGHR, § 212 I Vorsatz, bedingter 2, 14. Por el contrario, el § 6 II österr. StGB no exige el elemento positivo de la confianza; vid. *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 10.

⁴³ Con más detalle, *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959) pág. 58 y Allg. Teil I núms. 1104 y 308 (para quien la mera toma en consideración de la seriedad del peligro es ya suficiente para el dolo eventual); v. *Hippel*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 125 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 68; *Maurach/*

definición: actúa con imprudencia consciente quien “contrariamente a deber y de modo reprochable confía en que no lo realizará [el tipo legal]”. El “conformarse con el acaecimiento” del resultado y la “confianza en su ausencia” constituyen conceptos complementarios que deben ser interpretados de tal forma que se conecten sin dejar laguna de ningún tipo: quien actúa confiando en la ausencia del resultado no se conforma con él; quien se conforma con el advenimiento del mismo no actúa confiando en su inexistencia. Como criterio para saber cuál de los dos aceptar puede servir la fórmula de *Frank*: “Si el autor se dice a sí mismo, esto puede ser o suceder de otro modo, pero en cualquier caso actúo”⁴⁴, entonces hay que aceptar el dolo eventual⁴⁵. “Los límites de la imprudencia consciente y del dolo eventual como formas de culpabilidad están muy cerca unos de otros” (BGH NStZ 1984, pág. 19).

Ejemplos: Quien proporciona auxilio a otro bajo el riesgo de que éste haya cometido un delito grave o menos grave actúa con dolo de encubrimiento personal en el sentido del § 258 en su redacción anterior (RG 53, 342; 55, 126). Asimismo, está presente el dolo eventual de cometer un homicidio (en la omisión) en el conductor que, habiendo causado lesiones graves a la conductora de un ciclomotor mediante una colisión, se aleja sin ocuparse de que no fallezca por la falta de auxilio (BGH NStZ 1992, pág. 125). Por el contrario, generalmente sólo actúa con imprudencia consciente en relación con los daños ocasionados, quien se da la vuelta en una autopista (§ 315 c I núm. 2 ss.), aunque la mayoría de las veces lo hace con dolo eventual respecto al acaecimiento de un riesgo concreto. La madre soltera que trae al mundo a su hijo sin auxilio ajeno y al menos se esfuerza en provocar en el recién nacido los signos de vida, sólo actúa con imprudencia consciente si el niño muere a causa de la falta de asistencia suficiente (BGH GA 1979, pág. 106, a diferencia del caso de la BGH GA 1970, 86).

d) La determinación del contenido del dolo eventual y su delimitación frente a la imprudencia consciente son cuestiones extraordinariamente discutidas. No obstante, en cuanto a su resultado práctico las *otras opiniones doctrinales* vienen a coincidir con la tesis de la doctrina mayoritaria.

aa) La **teoría de la probabilidad**⁴⁶ se basa en el grado de probabilidad con el que el autor espera la realización del tipo. En contra de esta teoría habla el hecho de que la

Gössel/Zipf, Allg. Teil II § 43 núm. 119; *Wessels*, Allg. Teil núm. 216.

⁴⁴ *Frank*, § 59 Anm. V (pág. 190). Al respecto, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 83.

⁴⁵ Mostrando sus objeciones en contra de este criterio, *Großmann*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 68 ss. y *Engisch*, Untersuchungen pág. 206.

⁴⁶ Así, *H. Mayer*, Allg. Teil pág. 250; *Sauer*, Grundlagen pág. 618; *Ross*, Über den Vorsatz págs. 149 ss. Una variante de la teoría de la probabilidad es también la tesis de *Herzberg*, JuS 1986, págs. 259 ss., según la cual, la delimitación debe hacerse de acuerdo con el grado de peligro para

mayor o menor probabilidad de realización del tipo no proporciona ninguna frontera sólida entre ambas formas de culpabilidad. Más bien constituye un indicio para la valoración seria del peligro por parte del autor.

bb) La **teoría de la posibilidad**⁴⁷ evita esta inseguridad y acepta entonces el dolo eventual cuando el autor sólo valora la realización del tipo como algo que es en concreto posible. Sin embargo, con el reconocimiento de la conciencia de la posibilidad como criterio exclusivo del dolo se desplaza demasiado el límite de éste al ámbito de la imprudencia consciente. Un acuñamiento sutil de la teoría de la posibilidad lo suministra la **teoría del riesgo**. Según ésta el dolo existe cuando el sujeto se decide por su acción habiendo valorado completamente el riesgo (ya intolerable) anudado a ésta⁴⁸. En contra de esta última tesis se erige la misma objeción que en la de la probabilidad.

cc) La **teoría del consentimiento**⁴⁹, que es aplicada frecuentemente en la práctica (por ejemplo, RG 33, 5; 76, 115 [116]; OGH 2, 254; BGH 14, 240 [256]; BGH GA 1958, 165; BGH 21, 485; 36, 9), exige que el autor debe haber "aprobado" el resultado, que lo "haya aceptado con su aprobación" o que, finalmente, también hubiera actuado en caso de "conocimiento seguro del mismo". Además, para la prueba del consentimiento sirve otra fórmula de *Frank* que atiende a cómo se habría comportado el autor en el supuesto de hubiera tenido un conocimiento *exacto* de la realización del delito⁵⁰. En contra de esta teoría habla la circunstancia de que a través de la interpretación del dolo eventual en un hipotético dolo directo se restringe en demasía el ámbito del dolo; que así no se valora el hecho sino al autor (¿habría sido capaz de realizarlo si hubiera tenido la certeza sobre el mismo?); y, por último, que la teoría fracasa en los casos en los que se excluyen recíprocamente el resultado perseguido y el que se valora como posible.

el bien jurídico protegido; lo mismo sucede con el planteamiento de *Jakobs*, Allg. Teil 8/23, para quien existe dolo eventual el autor "concluye que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de la acción".

⁴⁷ Así, *Schröder*, Sauer-Festschrift pág. 243; *Kindhäuser*, ZStW 96 (1984) pág. 25; *Morkel*, NSStZ 1981, págs. 177 ss.; *Otto*, Grundkurs pág. 78; *Langer*, Sonderverbrechen págs. 356 ss.; *Schmidhäuser*, GA 1958, págs. 178 ss.; *el mismo*, Allg. Teil pág. 407; *el mismo*, JuS 1980, pág. 242; *el mismo*, Oehler-Festschrift págs. 158 ss. Vid. también *Welzel*, Lehrbuch pág. 68.

⁴⁸ Así, especialmente, *Frisch*, Vorsatz und Risiko pág. 495, quien, incluso, considera al dolo eventual como "la verdadera forma básica" del dolo (pág. 496), mientras que la "intención" y el "conocimiento cierto" sólo deben poseer significado para "las exigencias inherentes a la imposición de la pena" (pág. 501). De forma parecida ya, *Philipps*, ZStW 85 (1973) pág. 38.

⁴⁹ Así, *v. Hippel*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 111 ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 59 Anm. III 1c; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 34; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 402; *Dreher/Tröndle*, § 15 núms. 10 ss. Por este camino transita también la teoría de *Hassemer*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 297.

⁵⁰ Así, *Frank*, § 59 Anm. V (pág. 190). Sobre ello *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 82.

Ejemplo: En la feria un tirador inseguro apuesta 20 DM a que puede disparar a una bola de cristal que tiene sobre su mano la chica de una caseta; el disparo, no obstante, alcanzó a la mujer⁵¹. Según la fórmula de *Frank* aquí siempre quedaría excluido el dolo eventual porque en caso de certeza sobre el infortunado suceso la apuesta habría estado perdida desde un primer momento, de modo que el autor no podía haber estado de acuerdo. Lo característico del dolo eventual es precisamente por ello la inseguridad.

dd) *Armin Kaufmann* atiende a la **manifestación objetiva** de la voluntad destinada a evitar el suceso⁵². Para este autor resulta determinante “si realmente ha sido llevado a cabo el empleo de factores contrarios destinados a evitar el resultado anexo”. No obstante, también este punto de vista resulta en parte demasiado estrecho y, también en parte, demasiado amplio. Ni siquiera en el caso resuelto por la BGH 7, 363 (vid. *supra* § 29 III 3 a) habría conducido a una verificación segura del dolo, pues de todos modos los autores se habían esforzado en evitar la muerte de la víctima. En otros supuestos esta visión sería demasiado limitada pues alguien que no toma precauciones específicas también puede confiar en la ausencia del resultado. De ahí que esta idea también resulte de aplicación como indicio en contra de la conformidad del autor respecto del resultado.

ee) Muy similar a la teoría de la doctrina mayoritaria es aquella concepción en virtud de la cual es suficiente para el dolo eventual con que el autor valore como posible la realización del tipo y, a pesar de ello, *muestre su indiferencia* frente al bien jurídico protegido⁵³. En este planteamiento es correcto el hecho de que lo característico de la culpabilidad del autor que actúa con dolo eventual es su indiferencia frente al bien jurídico protegido. Sin embargo, también debe exigirse que su impasibilidad le conduzca a “*conformarse conscientemente*” con la posibilidad del advenimiento del resultado y no sólo con que “se contente” con el mismo.

e) El dolo eventual hay que diferenciarlo de la “**voluntad condicionada de la acción**”. Esta última debe tenerse en cuenta en tres casos: la situación de indecisión, la resolución adoptada sobre la base de hechos hipotéticos y, por último, la resolución con reserva de desistimiento⁵⁴. La primera no constituye

⁵¹ Conocido caso académico de *Lacmann*, ZStW (1911) pág. 159.

⁵² *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958) págs. 73 ss. De modo similar *Herzberg*, JuS 1986, págs. 258 ss. con la distinción entre el peligro “conjurado” y el “no conjurado”, así como *Behrendt*, Vorsatzgrenze pág. 30. En contra, *Hillenkamp*, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift* págs. 351 ss.

⁵³ Así, *Engisch*, *Untersuchungen* págs. 233 ss.; *Gallas*, *Beiträge* pág. 55; *LK* (11.^a) (*Schroeder*) § 16 núm. 93; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 84.

⁵⁴ Con mayor detenimiento sobre el tema, *W. Schmid*, ZStW 74 (1962) págs. 51 ss.; *Less*, GA 1956, págs. 33 ss.; *R. Schmitt*, JuS 1961, págs. 25 ss.; disiente en parte *LK* (11.^a) (*Schroeder*) § 16 núms. 101 ss. *Schultz*, *Spendel-Festschrift* págs. 314 ss. reserva el término “dolo eventual” (“*Eventualvorsatz*”) para el dolo en su verdadero sentido y a la resolución adoptada sobre la base de hechos hipotéticos la denomina “dolo condicionado” (“*bedingten Vorsatz*”).

dolo en modo alguno puesto que distintivo de éste es sólo una decisión definitiva de la voluntad⁵⁵. Y así, carece todavía de dolo de matar quien al empuñar el arma todavía no sabe si quiere disparar o tan sólo amenazar (RG 68, 339 [341]). Por el contrario, actúa ya con dolo quien adopta la resolución del hecho pero hace depender su realización de condiciones que no dependen de él. De ahí que, la decisión del marido de matar a la mujer que se había separado del mismo caso de que aquélla no quisiera volver de nuevo con él, constituye ya dolo de matar (BGH 21, 14 [18]), la apertura de una carta por un funcionario de correos destinada a comprobar si en su interior se contiene dinero para apropiarse de él, tentativa de apropiación indebida (RG 65, 145 [148]⁵⁶), la resolución de sustraer dinero en una taberna a una persona ebria “del modo que sea y, en caso necesario, con violencia”, dolo de robar (BGH 14, 383; vid. también BGH 21, 319 [322]); lo mismo sucede, finalmente, con la decisión de utilizar la violencia para el caso de que se deba producir el hecho y la víctima se defiende (BGH 12, 306 [309]; KG GA 1971, 54 [55]). Tampoco modifica en nada el dolo la reserva de desistimiento para el supuesto en el que el delito no deba ser necesario. Y así, de acuerdo con la situación jurídica y doctrina entonces existente, existió ya una tentativa de evasión de divisas por parte de quien para viajar al extranjero cose billetes en el asiento de su coche, para el supuesto de que no pudiera obtener a tiempo la correspondiente autorización oficial (de un modo diverso en este punto, RG 71, 53).

4. Las tres clases de dolo también pueden aparecer en forma de “**dolo alternativo**”. Un caso de esta naturaleza existe cuando el autor quiere desarrollar una acción determinada pero no sabe seguro cuál de los dos tipos penales aplicables llegará a realizar⁵⁷.

Ejemplos: El autor dispara a su víctima para matarla o para provocar su incapacidad para moverse. El sujeto se apropia de un corzo que se encontraba encerrado en un establo y que tiempo atrás había sido encontrado cuando era una cría y que había crecido en la granja; la sustracción se realiza sin saber si el corzo era una pieza de caza ajena (§ 292) o si integraba una propiedad ajena (§ 242) (RG 39, 247 [433]). El autor se encuentra un billettero ajeno y no sabe si éste ha sido perdido por su propietario (§ 246) o si tan sólo lo ha cambiado de lugar (§ 242).

⁵⁵ Acerca del “impulso de la voluntad” como punto central de toda “acción voluntaria”, *Ambrosius*, *Vorsatzabgrenzung* págs. 20 ss.

⁵⁶ Sobre ello, con numerosos ejemplos, *Arzt*, JZ 1969, págs. 54 ss.

⁵⁷ Vid. *LK* (11.^a) (*Schroeder*) § 16 núm. 106; *Joerden*, ZStW 95 (1983) pág. 565; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 27; *Otto*, Grundkurs pág. 74; *Wessels*, Allg. Teil núm. 231.

El dolo alternativo sólo es problemático en el tratamiento del delito que no se consuma. En estos casos hay que afirmar el dolo en relación a las distintas modalidades de comisión y aceptar la unidad de acción en la medida en que la tentativa esté conminada con pena. De sobrevenir uno de los posibles resultados existirá entonces unidad de acción entre el delito consumado y el intentado, en tanto que este último no sea subsidiario del primero (como sucede, por ejemplo, con la lesión corporal frente al homicidio)⁵⁸.

IV. Dolo y finalidad

1. La *finalidad* (capacidad de dirección) se define como la capacidad de la persona de vislumbrar por anticipado el curso de las cosas, predecir mentalmente los acontecimientos causales y dirigir el suceso hacia un objetivo a través del propio comportamiento (vid. *supra* § 23 III 1). Si bien existe unidad acerca de la finalidad como tal y su fundamental significado para las acciones conscientemente voluntarias, en cambio, se discute la cuestión relativa a la extensión con la que en Derecho penal el comportamiento puede ser considerado dirigido finalísticamente⁵⁹.

Como finalidad en sentido *stricto* puede ser entendida la voluntad de la acción que, dominada por la representación de un objetivo, dirige el suceso hacia la meta perseguida⁶⁰. Desde una perspectiva jurídico-penal la finalidad coincidiría, pues, con la intención ("Absicht") mientras que el dolo directo y el eventual quedan excluidos al no perseguirse aquí la realización del tipo. En un sentido *algo más amplio*, final es todo comportamiento que generalmente es determinado por la capacidad de dirección del curso causal⁶¹ porque aquí, en cualquier caso, existe y se realiza la facultad de influir sobre el devenir de las cosas. De acuerdo con ello, desde un punto de vista penal la finalidad vendría determinada por la intención y el dolo directo mientras que, por el contrario, el dolo eventual y la imprudencia consciente quedarían excluidos por ser supuestos caracterizados por la incertidumbre. La finalidad posee un sentido *aún más amplio* si se la equipara con el

⁵⁸ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Jakobs*, Allg. Teil 8/33; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 80; *Lackner*, § 15 núm. 29; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 91; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 301; *Welzel*, Lehrbuch pág. 72; otros, en cambio, sostienen que lo decisivo es ya el dolo del delito más grave; así, *LK (11.ª)* (*Schroeder*) § 16 núm. 106; *Kühl*, JuS 1980, pág. 275; *Schneider*, GA 1956, pág. 257. Diferenciando todavía más, *Wessels*, Allg. Teil núms. 233 ss.

⁵⁹ Vid. *Roxin*, ZStW 74 (1962) págs. 532 ss.; *Welzel*, Grünhut-Erinnerungsgabe págs. 173 ss.; *Schewe*, Reflexbewegung págs. 27 ss.

⁶⁰ Así, *Schmidhäuser*, ZStW 66 (1954) pág. 34.

⁶¹ Así, *Hardwig*, Zurechnung págs. 86 ss.; *Ambrosius*, Vorsatzabgrenzung pág. 79.

dolo⁶². Según ello, también el dolo eventual es concebido como expresión de la finalidad ya que con éste el autor tolera el posible acaecimiento del resultado añadido que considera indeseado o indiferente y, a pesar de ello, dirige su actuación hacia el ansiado objetivo. Finalmente, en su sentido *más amplio*, la finalidad puede ser entendida de tal modo que coincida con el actuar consciente con lo que también vendría a extenderse al campo de la imprudencia consciente. Y es que si alguien actúa a la vista del reconocimiento de consecuencias típicas que sólo aparecen como posibles, entonces éstas ya no han sido causadas ciegamente sino que son resultado del acontecimiento dirigido por la persona. A través de la actuación que se desarrolla bajo la consciencia de posibles consecuencias éstas se convierten al menos en resultados imaginables de la causalidad que ha sido puesta en marcha y dirigida por la persona misma.

2. Parece correcto entender la *finalidad* en su sentido más amplio, esto es, *como comportamiento consciente de la voluntad*. Por ello las acciones pasionales e instintivas deben ser incluidas en aquélla porque aunque probablemente se cometieron inconscientemente en el estadio agudo del hecho, sin embargo, sobre la base de un pre-estadio de consciencia, constituyen una actuación dirigida a un objetivo (vid. *supra* § 29 II 2 nota a pie núm. 9 *in fine*). De acuerdo con lo afirmado, el comportamiento consciente de la voluntad engloba por completo el ámbito del dolo, pero también incluye a la imprudencia consciente porque ésta, a pesar de que no desea las consecuencias, reside en la esfera de la dirección de la acción. El dolo eventual y la imprudencia consciente no se distinguen entre sí por el contenido de su injusto sino por el de su culpabilidad; el sentido final de ambas formas de comportamiento es el mismo, la diferencia reside en el grado de reprochabilidad⁶³.

V. El error de tipo

Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, pág. 113; *el mismo*, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, pág. 196, 1973, pág. 30 y 1974, pág. 40; *Busch*, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 165; *Franke*, Probleme beim Irrtum über Strafmilderungsgründe, JuS 1980, pág. 172; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *D. Geerds*, Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura 1990, pág. 421; *Haft*, Grenzfälle des

⁶² Así sucede con los defensores de la teoría final de la acción; vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 35; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 16 núm. 41; *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958) pág. 81; *Stratenwerth*, ZStW 71 (1959) pág. 60.

⁶³ En este sentido, *Engisch*, Kohlrausch-Festschrift págs. 155 ss.; *Gallas*, Beiträge págs. 54 ss.; *Nowakowski*, JZ 1958, págs. 338 ss.; *WK (Nowakowski)* § 5 núm. 17; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 3 antes del § 1

Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale, JA 1981, pág. 281; *J. Hall*, Ignorance and Mistake in Criminal Law, Indiana Law Journal 33 (1957) pág. 1; *Herdegen*, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, en: 25 Jahre BGH, 1975, pág. 195; *Herzberg*, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973) pág. 867; *el mismo*, Aberratio ictus und error in objecto, JA 1981, págs. 369 y 470; *el mismo*, Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen vor Vollendung der Tat, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 163; *el mismo*, Zur Eingrenzung des vorsatzausschließenden Irrtums, JZ 1993, pág. 1017; *el mismo*, Tatbestands-oder Verbotsirrtum? GA 1993, pág. 439; *Hettinger*, Der sog. dolus generalis usw., Festschrift für G. Spendel, 1993, pág. 237; *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen usw., 1971; *Hruschka*, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten usw., JuS 1982, pág. 317; *el mismo*, Der Standard-Fall der aberratio ictus und verwandte Fallkonstellationen, JZ 1991, pág. 488; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *Janiszewski*, Zur Problematik der aberratio ictus, MDR 1985, 533; *Jescheck*, Zum Rechtsirrtum im deutschen und italienischen Strafrecht, en: Recht in Ost und West (Waseda-Festschrift) 1988, pág. 889; *el mismo*, Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales usw., Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *el mismo*, Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht, Gedächtnisschrift für I. de Loyola, 1991, pág. 405; *Armin Kaufmann*, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt? Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 251; *Arthur Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1985; *Kienapfel*, Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich, JZ 1972, pág. 569; *el mismo*, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ 1976, pág. 113; *el mismo*, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, en: Strafrechtl. Probleme 4, 1976, pág. 112; *Kindhäuser*, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA 1990, pág. 407; *Krümpelmann*, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW Beiheft Budapest, 1978, pág. 6; *Kühlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nicht-vorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *Lange*, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, pág. 73; *el mismo*, Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957, pág. 233; *Lang-Hinrichsen*, Zur Problematik der Lehre von Tatbestand- und Verbotsirrtum, JR 1952, pág. 184; *Loewenheim*, Error in objecto und aberratio ictus, JuS 1966, pág. 310; *Maiwald*, Der "dolus generalis", ZStW 78 (1966) pág. 30; *H. Mayer*, Das Problem des sogenannten dolus generalis, JZ 1956, pág. 109; *Nierwetberg*, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum, Jura 1985, pág. 238; *Niese*, Die Vorsatzauffassung des OGH in Strafsachen, SJZ 1950, pág. 31; *Nowakowski*, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 (1953) pág. 379; *Noll*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit usw., ZStW 77 (1965) pág. 1; *Oehler*, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung GA 1956, pág. 1; *Otto*, Der vorsatzausschließende Irrtum in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Gedächtnisschrift für K. Meyer, 1990, pág. 583; *Prittitz*, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, pág. 110; *Puppe*, Zur Revision der Lehre vom "konkreten" Vorsatz usw., GA 1981, pág. 1; *la misma*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer usw., JZ 1989, pág. 728; *la misma*, Tatirrtum, Rechtsirr-

tum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, pág. 145; *la misma*, Vorsatz und Zurechnung, 1992; *Rath*, Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des Täters, 1993; *Roxin*, Gedanken zum "dolus generalis", Festschrift für Th. Würtenberger, 1977, pág. 109; *Schaffstein*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, 1961, pág. 175; *Schick*, Die Entschuldbarkeit rechtsirrtümlichen Handelns usw., ÖJZ 1969, pág. 535; *Schlüchter*, Grundfälle zum Bewertungsirrtum usw., JuS 1985, pág. 373; *la misma*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; *la misma*, Zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum-BayObLG NJW 1992, pág. 2306; *Schreiber*, Grenzfälle zu "error in objecto" und "aberratio ictus", JuS 1985, pág. 873; *Schröder*, Tatbestands- und Verbotsirrtum, MDR 1951, 387; *el mismo*, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953) pág. 178; *Schultz*, Zur bundesrechtlichen Rechtsprechung über den Sachverhaltsirrtum, StrGB Art. 19, SchwZStr 77 (1961) pág. 74; *Silva Sánchez*, Aberratio ictus und objektive Zurechnung, ZStW 101 (1989) pág. 352; *E. Steininger*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JBl 1987, pág. 205; *Stree*, Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei, JuS, 1976, pág. 137; *Thornstedt*, Der Rechtsirrtum im shwedischen Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 503; *Triffterer*, Zur Theorie der objektiven Zurechnung in der österr. Rechtsprechung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 419; *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; *el mismo*, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979, págs. 1, 71, 113, 286; *el mismo*, Zur Gleichwertigkeit der verwechselten Objekte beim error in objecto, Festschrift für G. Blau, 1985, pág. 159; *el mismo*, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 267; *Welzel*, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, pág. 368; *el mismo*, Schuld und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, MDR 1951, 65; *Wolter*, Der Irrtum über den Kausalverlauf usw., ZStW 89 (1977) pág. 649; *el mismo*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 545; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, en: *Schünemann* (Ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 103.

Vid. además las fuentes bibliográficas recogidas en el § 29.

1. Las ideas equivocadas del autor pueden repercutir de modo diverso sobre su punibilidad: pueden excluir el dolo, afectar sólo a la culpabilidad o, incluso, carecer de relevancia alguna para la punibilidad. Según el punto de referencia de la representación errónea se distinguen diversas clases de error que también conducen a consecuencias jurídicas heterogéneas. En un primer plano se encuentra la distinción entre **error de tipo y error de prohibición**.

a) Existe **error de tipo** cuando el autor no conoce uno de los elementos a los que el dolo debe extenderse según el tipo que corresponda. La consecuencia verdaderamente obvia de un error de esta naturaleza la expresa el § 16: el autor actúa

sin dolo. La disposición es aplicable analógicamente a circunstancias que, aunque en realidad no pertenecen al tipo, deben ser abarcadas por el dolo como quizás sucede con las circunstancias que agravan la pena en el marco de la determinación de ésta (vid. *supra* § 29 II 3c, d). Internamente el error de tipo puede consistir tanto en una *representación falsa* como también en la *falta de representación*, pues muy genéricamente el error significa la no coincidencia entre la conciencia y la realidad⁶⁴.

Ejemplo: Un cazador dispara a un buscador de setas al confundirlo durante el crepúsculo con un jabalí. En el autor está ausente el dolo de matar a una *persona*.

b) Frente al error de tipo se encuentra el error acerca de la antijuricidad (**error de prohibición**) (vid. *infra* § 41 II y III)⁶⁵. El error de prohibición consiste en que un comportamiento determinado, correctamente reconocido por el autor en su estado objetivo, está jurídicamente prohibido.

Ejemplo: El turista extranjero que, desconociendo que en Alemania también en los accidentes de tráfico en los que sólo se ocasionan daños materiales debe esperarse un cierto tiempo en el lugar del accidente (§ 142 I núm. 2), sigue conduciendo tras haber dañado a un coche que se encontraba estacionado.

c) La distinción entre error de tipo y de prohibición se ha impuesto tan sólo en los últimos tiempos. La jurisprudencia del RG ha tomado por base, en correspondencia con la tradición, la diferenciación entre **error de hecho** (error facti) y **error de Derecho** (error iuris) que todavía se encuentra con frecuencia en el extranjero⁶⁶ (acerca de su evolución hasta nuestros días vid. la 2.^a ed. de esta obra págs. 228 ss.).

⁶⁴ La incertidumbre acerca de un elemento objetivo del tipo no es ningún error, sino dolo eventual o imprudencia consciente (vid. *supra* § 29 III a y c); sobre ello, *Warda*, Jura 1979, pág. 5; *Schlüchter*, Irrtum págs. 30 ss.

⁶⁵ En relación con su historia dogmática, *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 257 ss. así como *Liepmann*, ZStW 38 (1917) págs. 21 ss., 39 (1918) págs. 115 ss.; acerca de la jurisprudencia del RG *Krümpelmann*, ZStW Beiheft Budapest 1978 págs. 7 ss.; sobre su historia legislativa *Schlüchter*, Irrtum págs. 80 ss. En torno a la cuestión misma, sobre todo, *v. Hippel*, Tomo II págs. 331, 337 ss.; *Graf zu Dohna*, Verbrechenlehre págs. 51 ss.; *Busch*, Mezger-Festschrift págs. 165 ss.; *Herzberg*, GA 1993, págs. 439 ss.; *Arthur Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein págs. 61 ss.; *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, pág. 184; *Schaffstein*, Göttinger Festschrift págs. 175 ss.; *Schröder*, MDR 1951, pág. 387 y ZStW 65 (1953) pág. 180; *Kienapfel*, Strafrecht. Probleme 4 págs. 112 ss. Crítico con la distinción, *Otto*, K. Meyer-Gedächtnisschrift págs. 567 ss.

⁶⁶ Frente a la distinción dominante entre error de tipo y de prohibición *Kuhlen*, Irrtum págs. 101 ss. considera que la diferenciación mantenida por el RG sigue siendo practicable; en cuanto al resultado, también, *Puppe*, GA 1990, págs. 180 ss. De forma complementaria al respecto, *Kindhäuser*, GA 1990, pág. 423. En contra de *Kuhlen* *Herzberg*, JZ 1993, págs. 1020 ss. En relación con el Derecho extranjero vid. para Suiza *Schultz*, SchwZStr 77 (1961) pág. 74; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 152 ss., 256 ss. (la distinción sobre la base de los artículos 19

2. Con posterioridad a 1945, algunos Tribunales regionales superiores⁶⁷ y el OGH (OGH 2, 117 [129 ss.]) se separaron de la jurisprudencia relativa al error del RG, tal y como se presentó con frecuencia en el enjuiciamiento de los delitos violentos cometidos durante el nacional-socialismo. El BGH ha continuado este desarrollo y en la **sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal que sentó jurisprudencia** de 18.3.1952 tomó por base el tratamiento del error de tipo y de prohibición. La regulación del § 59 en su redacción anterior (actual § 16) y relativa a la exclusión del dolo, sólo rigió para el error de tipo mientras que el error de prohibición dejó intacto el dolo y, dependiendo de si el autor era culpa-

y 20 StGB se hace principalmente como en Derecho alemán). En Francia la literatura mantiene la diferencia entre "erreur de fait" y el inatendible "erreur de droit"; vid. *Merle/Vitu*, *Traité* I núms. 449, 450. Sin embargo, el art. 122-3 del Código penal de 1994 ha introducido como causa de exclusión de la culpabilidad el error de Derecho invencible que sufre el autor ante la creencia de que su comportamiento es adecuado a Derecho. En Italia, el Tribunal Constitucional en una sentencia de 23.3.1988 (Corte costituzionale 1988, 364) ha limitado el viejo principio "error juris nocet" a través del art. 5 Cp en atención al principio de culpabilidad del art. 27, párrafo primero, de la Constitución, en el sentido de reconocer el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad; vid. sobre ello *Jescheck*, *Waseda-Festschrift* págs. 907 ss. También la jurisprudencia belga ha seguido este camino desde 1946; vid. *Dupont/Verstraeten*, *Handboek* núm. 494; *Hennau/Verbaegen*, *Droit pénal général* núms. 361 ss. Sobre el Derecho anglo-americano vid. *J. Hall*, *Indiana Law Journal* 33 (1957) págs. 1 ss.; *LaFave/Scott*, *Substantive Criminal Law* I págs. 575 ss. El proyecto de codificación inglesa mantiene la proposición "Ignorance of the law is no defence"; vid. *Jescheck*, *R. Schmitt-Festschrift* págs. 64 ss. Por el contrario, la doctrina austríaca más reciente ha seguido el desarrollo de la Ciencia alemana; vid. *Rittler*, *Tomo I* págs. 203 ss.; *Nowakowski*, *Grundriß* pág. 72; *Platzgummer*, *JBl* 1971, pág. 240, con ejemplos extraídos de el anterior punto de vista del RG. El StGB austríaco de 1975 regula el error de tipo y de prohibición como el alemán (conclusión inversa desde los §§ 5 I y 9); de acuerdo, *Liebscher*, *ZfRV* 1970, pág. 185; *Kienaffel*, *JZ* 1972, pág. 577; *Schick*, *ÖJZ* 1969, págs. 535 ss.; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 43 antes del § 3. Profundizando en el nuevo Derecho *Kienappfel*, *ÖJZ* 1976, págs. 113 ss. En España, el art. 6 Cp, en su redacción procedente de la Reforma de 1983, regula el error de tipo y de prohibición como en el Derecho alemán en los §§ 16 y 17; vid. sobre ello *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, *Derecho penal* págs. 631 ss.; *Jescheck*, *I. de Loyola-Gedächtnisschrift* págs. 413 ss. [La alusión al art. 6 del Cp español debe entenderse referida al vigente art. 14 del Código penal de 1995; la regulación, no obstante, es algo diversa a la recogida en los §§ 16 y 17 StGB (N del T)]. La doctrina y praxis holandesa se encuentra cercana a la actual distinción alemana entre error de tipo y de prohibición; vid. *Pompe*, *Handboek* págs. 163 ss.; *el mismo*, *Das niederländische Strafrecht* págs. 77 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Rommelink*, *Inleiding* págs. 377 ss. El nuevo Código penal brasileño de 1984 diferencia, como el alemán, entre "error de tipo" (art. 20) y "error de prohibição" (art. 21); vid. *Fragoso, Lições*, págs. 182 ss.; *de Jesus*, *Comentários*, Art. 20 Anm. 2c. Sobre el Derecho sueco vid. *Thornstedt*, *Jescheck-Festschrift* Tomo I págs. 504 ss.

⁶⁷ Así, OLG Kiel DRZ 1946, pág. 126; KG DRZ 1947, pág. 198; OLG Frankfurt SJZ 1947, pág. 622 con comentario de *Radbruch* Spág. 633; OLG Stuttgart DRZ 1949, pág. 164; OLG Oldenburg MDR 1950, pág. 690 con comentario de *v. Weber*.

ble o inculpable, condujo a la aplicación de una pena atenuada o a la impunidad (BGH 2, 194 [197])⁶⁸. También en la doctrina existe actualmente una amplia unidad acerca de que *sólo* a través de esta diferenciación puede formarse la base para la solución de los problemas del error. En esencia, sólo se sigue discutiendo acerca de la ubicación del error sobre los presupuestos típicos de las causas de justificación (vid. *infra* § 41 IV).

Al igual que el dolo, el error de tipo puede ir referido a la totalidad de los elementos objetivos del tipo (vid. *supra* § 29 II 3), incluidos los conceptos jurídicos contenidos en éste (por ejemplo, propiedad, documento, matrimonio, funcionario) y otros elementos normativos (vgr., acción sexual, dignidad de la persona, secreto)⁶⁹. Falta el dolo si, como mínimo, el autor no ha comprendido el significado de tales elementos en el marco de la valoración paralela de la esfera del profano o lego (vid. *supra* § 29 II 3 a). El autor no necesita ni siquiera conocer la base fáctica del concepto jurídico.

Ejemplos: Quien desinfla a otra persona los neumáticos de su automóvil no puede acogerse, frente al reproche derivado del daño material (§ 303), a que había aceptado que “dañar” significa el deterioro sustancial de la cosa; la razón de ello reside en que el bien jurídico del § 303 ya se ha menoscabado al no poder utilizar sin más el vehículo al fin previsto para el mismo, algo que el autor sí sabía a ciencia cierta (BGH 13, 207). En los delitos de funcionarios (§§ 11 I núm. 2c, 331 ss.) el autor debe saber que ha actuado en un servicio que es manifestación de la actividad de un poder estatal (en este caso, el anterior servicio federal de correos) que sirve, precisamente, al cumplimiento de los fines de la Administración pública (BGH 8, 321 [323]). Existe error de tipo en la deslealtad profesional (§ 356) cuando un abogado, a consecuencia de su análisis jurídico equivocado de los intereses de su mandante, ha ignorado la legalidad de los mismos (BGH 15, 332 [338]). Quien desconoce el alcance de la subasta forzosa de su finca se equivoca acerca de la ajenidad de las plantas que se llevó consigo (OLG Celle Nds. Rpf. 1985, 148). Error de tipo es también aquel que sufre el abogado acerca de la extensión del inventario patrimonial de acuerdo con el § 807 ZPO (KG JR 1985,

⁶⁸ La nueva línea de la jurisprudencia fue preparada especialmente por *Welzel*, SJZ 1948, pág. 368; *el mismo*, MDR 1951, pág. 65 y *Niese*, SJZ 1950, pág. 31. Sobre su valoración vid. *Busch*, *Mezger-Festschrift* págs. 165 ss., que fue quien elaboró el informe en el Pleno de la Sala, además, *Herdegen*, en: 25 Jahre BGH págs. 195 ss. Marca una línea de continuidad entre la delimitación del error por el BGH y el RG *Kühlen*, *Irrtum* págs. 161 ss.

⁶⁹ Al respecto, *Roxin*, *Allg. Teil I* § 12 núms. 84 ss.; *D. Geerds*, *Jura* 1990, págs. 422 ss.; además, *Schlüchter*, *Irrtum* págs. 100 ss., que de modo restringido exige que el autor debe haber comprendido el “significado lesivo de su comportamiento”; mostrándose crítico, *Herzberg*, *JZ* 1993, págs. 1019 ss. *Haft*, *JA* 1981, págs. 281 ss. diferencia entre el error “referido al objeto” y el “referido al concepto”. Acerca del Derecho austríaco *E. Steininger*, *JBl* 1987, pág. 205.

pág. 161). Constituye error de tipo la equivocación acerca de la subsistencia de una inhabilitación profesional (§ 145c) a pesar de la interposición de un recurso en contra (BGH GA 1989, pág. 393). Lo es igualmente la aceptación equivocada del autor de que la víctima estaría de acuerdo con el acceso carnal (§ 177) (BGH NStZ 1982, pág. 26; BGH NJW 1993, pág. 2188). Constituye por el contrario error de prohibición la creencia errónea de que el ejercicio del derecho de caza frente a perros salvajes se extiende también a los patios y jardines de una casa (BayObLG NJW 1992, pág. 2306 con comentario de *Schlüchter*, JuS 1993, pág. 14). Vid., también, BGH NStZ 1989, pág. 21; OLG Köln NJW 1981, pág. 63.

3. En las **leyes penales en blanco** surge la cuestión de cómo hay que tratar el error acerca de la norma complementaria. Generalmente el RG había considerado el error acerca de la existencia o contenido de este tipo de normas como un error jurídico extrapenal excluyente del dolo (RG 49, 323 [327]; 56, 337 [339]). Correctamente hay que partir de que la norma complementaria es una parte integrante del tipo, pues la norma prohibitiva resulta incomprensible si la conminación penal no está referida a un comportamiento descrito de modo concreto. Por tanto, a la disposición penal así completada le son aplicables las reglas generales del error: la equivocación acerca de un elemento objetivo de la norma que complementa a la Ley penal en blanco es un error de tipo; en cambio, la equivocación acerca de la existencia de aquélla es un error de prohibición⁷⁰. La opinión contraria también exige para el dolo la conciencia en torno a la existencia de la norma complementaria⁷¹. Además, se presupone que en Derecho penal especial deberían regir reglas especiales para el tratamiento del error de prohibición, porque aquí el castigo por la comisión dolosa del hecho sólo se justifica en el caso de que se posea un conocimiento positivo de la prohibición. Se trata, pues, de un problema *general* del tratamiento del error de prohibición en Derecho penal especial que sólo puede ser discutido en relación con el error de prohibición mismo (vid. *infra* § 41 II 2c).

Ejemplo: En el § 38 BJagdG se castiga a quien transgrede las disposiciones relativas al tiempo de veda. La equivocación que versa sobre los límites temporales de aquélla o sobre la fecha en que se caza constituye un error de tipo (OLG Celle NJW 1954, pág.

⁷⁰ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *LK (11.^a) (Schroeder)* § 16 núm. 39; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núms. 97 ss.; *SK (Rudolphi)* § 16 núms. 18 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 23 núm. 9; *Jakobs*, Allg. Teil 8/47; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 95; *AK (Zielinski)* §§ 15, 16 núm. 52; *Herzberg*, GA 1993, págs. 457 ss.; *Warda*, Abgrenzung págs. 36 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 168.

⁷¹ Así, *Lange*, JZ 1956, pág. 75; *el mismo*, JZ 1957, pág. 233; *Kohlrausch/Lange*, § 59 Anm. V 3d y VI; *Schröder*, MDR 1951, pág. 389.

1618), mientras que el error sobre la prohibición de cazar durante la veda viene a ser un error de prohibición (así, BGH 9, 358 [360 ss.]).

4. El **tratamiento del error de tipo** descansa sobre un sencillo principio básico: el error de tipo excluye el dolo (§ 16 I 1). Si falta el conocimiento acerca de un elemento de un delito cualificado entonces sólo se aplica el delito básico. Dado que los componentes cualificadores son asimismo verdaderos elementos del tipo, no requieren de una mención especial en el § 16.

Ejemplo: El autor debe saber que uno de los intervinientes en el robo lleva consigo un arma de fuego pues de lo contrario sólo se le castiga por el § 249 y no según el § 250 núm. 1 (BGH 3, 229 [233 ss.]).

Si el error de tipo es atribuible a la *imprudencia*, el autor es castigado por la comisión imprudente del hecho en tanto que aquélla resulte punible como tal (§ 16 I 2). El momento de realización del hecho resulta decisivo para el juicio sobre la imprudencia⁷².

Ejemplo: Quien caza durante época de veda al equivocarse sobre la duración de ésta no es castigado por el § 38 I BJagdG, pero sí resulta serlo de acuerdo con el tipo imprudente recogido en el párrafo segundo de dicho precepto. Por el contrario, queda impune el asistente que por imprudencia encierra a un estudiante en el seminario durante la noche, puesto que no existe un tipo que castigue la privación imprudente de libertad.

Prescindiendo del castigo del error de tipo que descansa sobre la imprudencia determinada conforme a la norma penal que corresponda, en el error de tipo no se lleva a cabo una distinción entre el desconocimiento culpable o inculpable (RG 6, 85 [88]; de forma incorrecta, OLG Celle NJW 1969, pág. 1775, según la cual, el error causado por la embriaguez no debe excluir el dolo)⁷³. Tampoco importa si el error descansa en una falta de entendimiento o en un sentimiento valorativo⁷⁴. El tratamiento que de este modo recibe el error de tipo está justificado, por una parte, a causa de que el presupuesto mínimo del castigo por un delito doloso debe ser el conocimiento de la totalidad de los elementos objetivos del tipo que fundamentan el contenido de injusto de la correspondiente figura de delito y, por otra, porque el contenido de culpabilidad de una lesión o puesta

⁷² No obstante, la omisión previa en la solicitud de informaciones puede fundamentar la imprudencia si con ella el autor debió haber calculado el desarrollo de una situación análoga; vid. *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 núm. 13.

⁷³ *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 23 núm. 22. Crítico con el caso de la “ceguera para los hechos”, *Jakobs*, Allg. Teil 8/5 a.

⁷⁴ Haciendo esta distinción *Nowakowski*, ZStW 65 (1953) págs. 379 ss. y *Grundriß* pág. 73; no obstante, esta diferenciación deja de ser formulada en *WK*, § 5 núm. 27.

en peligro producida por un error imprudente es abarcado suficientemente por la pena señalada para la imprudencia.

5. a) A diferencia de lo que sucedía con el § 59 en su redacción anterior, en el vigente § 16 II también está regulado el **error sobre los elementos constitutivos del tipo privilegiado**. El autor que de forma equivocada tiene por existentes tales elementos sólo puede ser castigado por la comisión dolosa de acuerdo con la norma privilegiada⁷⁵.

Ejemplos: Quien erróneamente cree que se enfrenta a un homicidio a petición seriamente formulado sólo puede ser castigado conforme al § 216. Quien mediante un ardid secuestra a un menor de dieciocho años con la intención de practicar comportamientos sexuales y, de este modo, acepta equivocadamente que el menor está de acuerdo con su intención, no puede ser castigado conforme al § 235 sino sólo según el § 236⁷⁶ (BGH 24, 168).

b) Por el contrario, si el autor tiene por inexistente un elemento atenuante que concurre en la realidad, entonces hay que distinguir dependiendo de su pertenencia al injusto o a la culpabilidad⁷⁷. Si el error está referido a un elemento de la culpabilidad (la mujer que cree que su hijo recién nacido es intramarital cuando, en realidad, resulta no serlo⁷⁸), la situación real no puede beneficiar al autor puesto que una circunstancia que ha permanecido desconocida no se plantea como un motivo que atenúe la culpabilidad por el hecho (por ello, el § 217⁷⁹ queda excluido). Sin embargo, cuando el privilegio descansa sobre una disminución del injusto debe prevalecer la situación objetiva.

Ejemplo: En el caso de la BGH 24, 168, cuando el autor ignora que el menor de edad está de acuerdo con el secuestro, existiría un delito consumado del § 236⁸⁰ en unidad de hecho con la tentativa (impune) de secuestro de un niño del § 235.

⁷⁵ La disposición se refiere sólo a elementos atenuantes que pertenecen al injusto; vid. al respecto *Franke*, JuS 1980, págs. 172 ss.; *Warda*, Jura 1979, págs. 113 ss.

⁷⁶ Téngase en cuenta que en la actualidad ya no castiga el secuestro practicado contando con la libre voluntad de un menor de dieciocho años; la redacción vigente del § 236 sanciona ahora el "tráfico de niños" (N del T).

⁷⁷ *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 8; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núms. 121 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 núm. 28; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 28b; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 414 ss.; *Warda*, Jura 1979, págs. 114 ss. Por el contrario, *Lackner*, § 16 núm. 7 sostiene que el elemento privilegiante no debe ser tenido en cuenta de ningún modo. das privilegierende Merkmal dann gar nicht berücksichtigen.

⁷⁸ El § 217 StGB que anteriormente regulaba el infanticidio está actualmente derogado (N del T).

⁷⁹ Vid. la nota a pie anterior (N del T).

⁸⁰ Vid. nota a pie núm. 76 (N del T).

c) El § 16 II es aplicable analógicamente a los casos menos graves (vgr., § 213) y a las excepciones de los ejemplos reglados (por ejemplo, § 243 II), en la medida en que la atenuación descanse en un injusto menor.

Ejemplo: Si el ladrón cree que se encuentra ante una imitación barata cuando, en realidad, resulta ser una joya de gran valor, entonces no puede ser admitido un caso especialmente grave de acuerdo con los §§ 243 II y 16 II.

6. El dolo debe ser *concreto*, esto es, debe abarcar a un suceso individualizado de acuerdo con los elementos objetivos, con inclusión de las circunstancias esenciales del curso causal. En este contexto hay que discutir algunos supuestos de error cuya solución depende del **grado de determinación** del contenido ideal del dolo que debe ser puesto de manifiesto, **especialmente con ocasión de las desviaciones del curso causal**⁸¹.

a) En el **error sobre el objeto de la acción** (error in persona vel in objecto) el autor se equivoca acerca de la identidad del objeto material. Aquí la solución depende de si la valoración jurídico-penal cambiaría en caso de que la representación del autor hubiera sido correcta. Si lo sucedido posee una equivalencia valorativa típica con el hecho ideado o, erróneamente, el autor acepta aquélla, entonces la equivocación resulta ser irrelevante por tratarse de un simple error en los motivos^{82 83}.

Ejemplos: Inducido por su patrón Rosahl, el criado Rose disparó durante el crepúsculo a un escolar al que había confundido con un acreedor del inductor que era a quien verdaderamente tenía que haber matado (caso Rose-Rosahl, Preuß. Obertribunal GA 7 [1859] pág. 332; igualmente, RG 18, 337; 19, 179; BGH 11, 268; 37, 214 [216]; OLG Neustadt NJW 1964, pág. 311) (acerca de la inducción en caso de error del inducido acerca del objeto de la acción vid. *infra* § 64 II 4). Una equivocación en el objeto también irrelevante se da además en el encubrimiento personal (§ 258) cuando el error recae en el tipo y cualificación del hecho previo (RG 50, 218 [221]).

⁸¹ Profundizando sobre ello *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *AK (Zielinski)* §§ 15, 16 núms. 56 ss.

⁸² En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 409 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 6; *Lackner*, § 15 núm. 13; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 23 núm. 25; *Schönke/Schröder/Cranner*, § 15 núm. 59; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 29; *Wessels*, Allg. Teil núm. 247. En relación con el problema de la equivalencia valorativa *Warda*, *Oehler-Festschrift* págs. 159 ss. Parcialmente crítico *Herzberg*, JuS 1981, págs. 369 ss., 470 ss. Puede encontrarse un resumen en *Rath*, *Aberratio ictus* págs. 221 ss.

⁸³ Acerca de su delimitación frente a la aberratio ictus *Herzberg*, JA 1981, págs. 472 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 8/81; *Prittwitz*, GA 1983, págs. 118 ss.; *Puppe*, GA 1981, págs. 4 ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung págs. 123 ss.; *Schreiber*, JuS 1985, pág. 873.

Por el contrario, no encontrándose en un mismo nivel los objetos materiales intercambiados, el error in objecto que en otro caso era irrelevante pasa aquí a adquirir el significado de un error de tipo.

Ejemplos: Un campesino golpea en un gran almacén a un maniquí que creía que le miraba fijamente y, como consecuencia del golpe, se rompe: tentativa (impune) de lesiones corporales⁸⁴ y daños materiales imprudentes (también impunes) (el caso es de *Graf zu Dohna*). La persona del propietario pasa a ser relevante si en relación con una cosa robada el autor es, sin él saberlo, el propietario mismo; así sucede cuando, por ejemplo, sin darse cuenta el autor sustrae en la oscuridad su propia bicicleta en lugar de una ajena. El autor sólo puede ser castigado por un hurto en grado de tentativa. Vid. también el caso de la RG 19, 179 (error in persona como error sobre los presupuestos típicos del derecho de corrección). En la creencia de que se trata de su enemigo, alguien injuria a la persona que se encuentra al otro lado del teléfono sin percatarse de que se trata de una persona completamente distinta y que, por el contenido de la afirmación, no puede sentirse herida de ningún modo (BayObLG JR 1987, pág. 431).

b) Para actuar dolosamente el autor no sólo debe conocer la acción y el resultado, sino también divisar el curso causal en sus rasgos esenciales dado que, al igual que aquéllos, la conexión causal es también un elemento del tipo. Pero puesto que la mayoría de las veces el curso causal sólo es previsible de forma imperfecta, se plantea la cuestión de cuándo la desviación del curso causal realmente acaecido es tan esencial en relación con el proyectado como para determinar que el error sea considerado como error de tipo (**error acerca del curso causal**). No obstante, con carácter previo hay que examinar si el resultado es objetivamente imputable al autor (vid. *supra* § 28 IV 1, 3, 4, 7)⁸⁵. En lugar del curso causal esperado por el autor e imputable objetivamente al mismo, debe haber tenido lugar un curso causal que resulte imputable del mismo modo. Siendo éste el caso, puede afirmarse con carácter general que la desviación operada frente al curso proyectado no excluye el dolo (*desviación inesencial*)⁸⁶. El motivo para ello reside en que en

⁸⁴ Téngase en cuenta que con la redacción vigente del § 223 II StGB ya resulta punible la tentativa en las lesiones corporales tipificadas en el tipo básico (N del T).

⁸⁵ Faltando la misma decae ya la imputación del resultado en el tipo objetivo. No obstante, si resulta ser imputable, depende también además de que el curso causal esté abarcado por el dolo; vid. *Armin Kaufmann*, *Jescheck-Festschrift* Tomo I pág. 269; *Lackner*, § 15 núm. 10; *Wessels*, *Allg. Teil* núm. 258. Acerca de las desviaciones esenciales e inesenciales en el curso causal como problema de la creación de un riesgo desaprobado *Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* pág. 457.

⁸⁶ Con mayor detenimiento vid. *H. Mayer*, *JZ* 1956, pág. 111; *Oehler*, *GA* 1956, pág. 3; *Gallas*, *Beiträge* pág. 47; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 55; *Krümpelmann*, *ZStW Beiheft* Budapest 1978 pág. 25; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 31; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* págs. 401 ss.; *Stratenwerth*, *Allg. Teil* I núm. 278. Con un planteamiento contrario *Herzberg*, *ZStW* 85 (1973) págs.

este supuesto el riesgo todavía inherente a la acción se traduce típicamente en una lesión del objeto material protegido.

Ejemplos: A quiso matar a B mediante los golpes inferidos con el mango de un hacha pero el herido no murió por ello sino a consecuencia de la infección de las heridas (RG 70, 257 [258 ss.]). El autor tiró a su víctima al agua desde un puente para que se ahogara pero la muerte sobrevino como resultado del impacto de aquélla contra el pilar del puente. El fallecido, que debía ser ahorcado con motivo del “juicio” celebrado por un tribunal simulado, murió a causa de una pelea cuerpo a cuerpo frente a sus asesinos que, al no darse cuenta de esta circunstancia y teniéndolo tan sólo por inconsciente, procedieron finalmente a colgarlo (BGH GA 1955, 123). Vid. también RG DStr 1939, pág. 177. También son consideradas por la jurisprudencia como desviaciones inesenciales del curso causal, aquellas en las que el autor pasa a convertirse en un inimputable durante la acción homicida (BGH 7, 325 [329]; 23, 133 [135]; el supuesto es distinto cuando el autor adquiere tal condición antes del comienzo del hecho, BGH 23, 356)⁸⁷. Cuando la bomba explosiona durante la preparación del atentado provocando la muerte casual de una víctima imprevista, sólo resulta aplicable el § 222 puesto que aquí el autor no había creado todavía el riesgo para la víctima abarcado por su dolo.

No obstante si, excepcionalmente, en comparación con la representada, la desviación sucedida del curso causal imputable requiere de una valoración ético-jurídica del hecho diversa (desviación *esencial*), entonces existe un error de tipo que excluye el dolo⁸⁸. Por regla general en este caso hay que aceptar una *tentativa* puesto que el error sólo afecta al camino hacia el resultado.

Ejemplo: A ayudó a trasladar a B hasta el puesto de mando, donde tenía que ser fusilado por derrotista durante la confusión existente con la derrota de Alemania en abril de 1945. Sin embargo, durante el trayecto una de las personas encargadas de su custodia lo mató por decisión propia. Aquí hay que negar una complicidad en el homicidio por parte de A pues aunque, ciertamente, la desviación era todavía imputable (peligro para la vida de la víctima con el traslado), el hecho requería otra valoración ético-jurídica: A quería dar cumplimiento a una orden, pero no dejar a B a la merced

867 ss. sólo acepta en estos casos el dolo cuando exista “coconciencia” del curso causal desviado. Mostrándose crítico sobre ello, con razón, SK (Rudolphi) § 16 núm. 32; Wessels, Allg. Teil núm. 261; Roxin, Württenberger-Festschrift pág. 116.

⁸⁷ Sobre ello vid. Geilen, Maurach-Festschrift págs. 194 ss.; Wolter, Leferenz-Festschrift págs. 557 ss.

⁸⁸ Son discutidos los supuestos en los que el resultado sobreviene anticipadamente en el momento en el que el autor sólo *intenta* la comisión del hecho que está fuera de su alcance; acertadamente, a favor de la simple punibilidad por la tentativa, LK (11.^a)(Schroeder) § 16 núm. 34; Jakobs, Allg. Teil 8/76; de otra opinión Schönke/Schröder/Cramer, § 15 núm. 58 *in fine*, así como la doctrina mayoritaria.

de la tropa (de otra opinión, OGH 2, 63 [64])⁸⁹. Si el correo diplomático es robado con anterioridad a la importación de la sustancia estupefaciente y, con posterioridad, es introducida por el ladrón, en el mandante concurre una desviación esencial del curso causal proyectado (BGH NJW 1991, pág. 3161; en la resolución se dejó abierta la cuestión relativa a la posibilidad de imputar objetivamente la importación acaecida de esta forma).

c) El problema de la determinación del dolo se plantea, además, en los casos de desarrollo equivocado del hecho (**aberratio ictus**). Éstos deben diferenciarse nítidamente del error en el objeto en el que el resultado va a parar sobre el mismo objeto material que el autor se había propuesto. En tales hipótesis el error se refiere sólo a la identidad del objeto de la acción. En cambio, el caso de la aberratio ictus se caracteriza por una doble desviación del suceso que el autor se había representado: por un lado, su ataque fracasa en relación con el objetivo buscado y, por otro, alcanza (por casualidad) a una persona u objeto que el autor no había previsto (el supuesto es distinto cuando el autor incluye tal objeto en el hecho con dolo eventual; vid., por ejemplo, RG 2, 335 [336]). En los casos de objetos *desiguales* la solución es sencilla: quien quiere romper el cristal de su enemigo pero, por descuido, alcanza al propio dueño de la casa, es castigado por una tentativa de daños en concurso ideal (unidad de hecho) con unas lesiones corporales imprudentes. Pero, de acuerdo con la tesis más extendida, también en las hipótesis de *equivalencia de los objetos* hay que aceptar la tentativa del hecho pretendido y, en su caso (esto es, en la medida en que al autor se le atribuya la infracción del deber de cuidado respecto a la víctima afectada), la imprudencia en cuanto al resultado sobrevenido⁹⁰.

Ejemplos: La esposa que, queriendo deshacerse de su marido, le envía una botella de genciana que contiene ácido clorhídrico. El hombre deja beber en primer lugar a un compañero de trabajo quien tras tomarlo se desploma ya muerto (tentativa de asesinato en concurso ideal con homicidio imprudente). El sujeto que al ser atacado por la noche se defiende golpeando con su bastón y alcanza a la mujer del agresor que pretendía separarlos. El autor queda impune porque la tentativa de lesiones del atacante (§ 223

⁸⁹ Disiente sobre todo ello *Hruschka*, JuS 1982, pág. 320.

⁹⁰ Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 414; *Backmann*, JuS 1971, pág. 120; *Blei*, Allg. Teil pág. 121; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 72; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 23 núm. 31; *Silva Sánchez*, ZStW 101 (1989) pág. 378; *Lackner*, § 15 núm. 12; *Jakobs*, Allg. Teil 8/80; *Hettinger*, GA 1990, pág. 554; *Otto*, Grundkurs pág. 91; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 149; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten pág. 616; *Hruschka*, JZ 1991, págs. 488 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 57; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 33; *Wessels*, Allg. Teil núm. 250. Suministra un resumen sobre el tema *Rath*, Aberratio ictus págs. 99 ss.

a⁹¹) queda cubierta por la legítima defensa, mientras que la lesión inferida a la mujer no puede serle reprochable a causa de la consiguiente excitación, de forma que también se excluye un castigo a título de imprudencia (RG 58, 27 [28]; asimismo, RG 3, 384; 54, 349; OLG Neustadt NJW 1964, pág. 311). Existe tentativa de homicidio en concurso ideal con lesiones corporales imprudentes en el supuesto de un atropello equivocado con automóvil en el que resulta herida la persona que se encontraba detrás de la víctima tomada por objetivo (BGH 34, 53 [55]).

La opinión contraria, partidaria del hecho doloso consumado⁹², olvida el hecho de que no basta con el dolo vaya referido de forma abstracta a una *clase* determinada de objeto material, sino que el autor debe haberse propuesto atacar a un objeto *concreto*. Además, el caso de la legítima defensa recién expuesto demuestra que el injusto de acción del hecho realizado y del proyectado puede ser completamente distinto. Por el contrario, si en la denuncia falsa (§ 164) las sospechas se dirigen hacia una persona distinta a la inicialmente proyectada, no concurre un supuesto de desarrollo equivocado del hecho sino una desviación (inesencial) del curso causal en tanto que se acepta que, en un primer plano, el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia y no el honor del afectado (BGH 9, 240).

d) Un problema especial del error sobre el curso causal se deriva de los supuestos en los que el autor cree erróneamente que ya ha matado a su víctima cuando, en realidad, su fallecimiento tiene lugar cuando el autor intenta hacer desaparecer el supuesto cadáver (el denominado **dolus generalis**). Aquí el sujeto no se equivoca con el objeto del delito que lesiona, sino acerca del curso de la

⁹¹ El § 223 a debe entenderse referido al vigente § 223 (N del T).

⁹² Así, Frank, § 59 Anm. III 2c; v. Liszt/Schmidt, pág. 269; Loewenheim, JuS 1966, pág. 310; Welzel, Lehrbuch pág. 73; Noll, ZStW 77 (1965) pág. 5; Puppe, GA 1981, págs. 1 ss.; la misma, JZ 1989, pág. 728; la misma, Vorsatz und Zurechnung pág. 10; Kühlen, Irrtum págs. 480 ss. Para supuestos especiales admiten el hecho consumado Roxin, Würtenberger-Festschrift pág. 123 y Herzberg, JA 1981, pág. 473 (hipótesis de puesta en peligro de varios objetos materiales que son valorativamente equiparables, cuando al autor no le importa la identidad de la víctima); Prittwitz, GA 1983, págs. 127 ss. (si el autor, como mínimo, ha divisado el objeto afectado por descuido); Janiszewski, MDR 1985, pág. 538 (el autor sabe, en cualquier caso, qué tipos objetivos puede realizar). Estas teorías olvidan la idea fundamental de que es una cuestión que depende de la concreción del dolo. También es rechazable la solución diferenciadora de Hillenkamp, Vorsatzkonkretisierungen págs. 116 ss., de acuerdo con la cual, no importa la concreción del dolo en los bienes jurídicos patrimoniales; la razón reside en que también los bienes que no son personalísimos deben estar referidos en su totalidad a objetos completamente determinados. Por el contrario, el cambio en el objeto del hecho dentro del mismo tipo penal (por ejemplo, sustracción de una colección de sellos en lugar de una pequeña cantidad de dinero en metálico) carece de relevancia para el dolo; vid. Roxin, Allg. Teil I § 12 núms. 154 ss.

acción que conduce a dicha lesión. El hecho se lleva a cabo en dos actos cuyo significado es evaluado equivocadamente por el autor, al creer que ya ha alcanzado el resultado con el primer acto cuando, en verdad, lo ha llevado a efecto a través del segundo que debía servir para ocultar el hecho.

Ejemplos: El asesino tira al agua a su víctima, supuestamente fallecida, donde fallece por ahogamiento (RG 67, 258; BGH 14, 193). El autor que cree haber matado a su víctima por estrangulamiento simula un suicidio por ahorcamiento de la víctima, acto este último por el que el supuesto muerto fallece (OGH 1, 74 [75 ss.]). El marido que piensa equivocadamente que ha matado con gas a su mujer mientras dormía, simula asimismo un suicidio provocando nuevamente un escape de gas que es el que realmente produce la muerte de su esposa (OGH 2, 285). El autor que dirigió diversas acciones homicidas contra un niño recién nacido, creyéndolo muerto, lo tiró a un pozo negro donde pereció ahogado (BGH *Dallinger*, MDR 1952, pág. 16).

La jurisprudencia admite aquí un acontecimiento unitario en el que el dolo, aunque referido sólo al primer acto, engloba también al segundo. Una parte de la doctrina se remite a la teoría del Derecho común sobre el “*dolus generalis*” y, de acuerdo con ella, acepta un suceso real indivisible con un dolo “general” comprensivo de todo el evento que no merece ninguna consideración jurídica privilegiante⁹³.

A la opinión contraria, que en estos casos admite un asesinato intentado y un homicidio imprudente⁹⁴, hay que oponerle que los supuestos en los que el propio autor se coloca en una situación de inconsciencia como instrumento de la consumación de su hecho, se encuentran completamente dentro del marco de la imputación objetiva y tampoco necesitan de una valoración diversa a favor del agente⁹⁵. Otra

⁹³ Así, *Welzel*, Lehrbuch pág. 74; *Graf zu Dohna*, Verbrechenlehre pág. 27; *v. Hippel*, Tomo II pág. 337 nota a pie núm. 1; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 393 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 7; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 57; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 281; *Triffner*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 437 nota a pie núm. 72; *Wolter*, Leferenz-Festschrift págs. 449 ss.

⁹⁴ En este sentido, *Engisch*, Untersuchungen pág. 72; *Hruschka*, JuS 1982, págs. 319 ss.; *Frank*, § 59 Anm. IX; *Maiwald*, ZStW 78 (1966) págs. 54 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 23 núm. 35; *Hettinger*, Spindel-Festschrift págs. 246 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 8/79; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 620 ss.; *Backmann*, JuS 1972, pág. 199.

⁹⁵ *Wessels*, Allg. Teil núm. 265; *Puppe*, Vorsatz und Zurechnung pág. 54; *Lackner*, § 15 núm. 11. Por el contrario, *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 161; *el mismo*, Würtenberger-Festschrift págs. 120 ss., sólo sigue a la doctrina mayoritaria “cuando la acción del autor había comprendido a la acción homicida”; de modo similar, *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 35a. Según *Stefan Seiler*, ÖJZ 1994, págs. 93 ss., hay que diferenciar los casos en los que existe un suceso unitario (desviación inesencial en el curso causal), de aquellos otros donde concurren dos actos comisivos a valorar separadamente (tentativa de homicidio y homicidio imprudente).

solución sólo sería posible si en el caso concreto pudiera negarse la imputación objetiva del resultado que acaece por medio del segundo acto⁹⁶.

7. De la pareja de conceptos constituida por el error de tipo y de prohibición hay que diferenciar **otros casos de error**.

a) Conociendo el autor el contenido fáctico de un elemento del tipo pero equivocándose en torno a su caracterización jurídico-penal (por ejemplo, no considera a la placa identificativa del vehículo como un documento o a un líquido como una cosa), entonces estaremos en presencia de un **error de subsunción**⁹⁷ que, como tal, es irrelevante por el hecho de que para la afirmación del dolo no puede ser exigido más que un conocimiento del significado de las cosas en el sentido de la “valoración paralela en la esfera del profano”. Por lo general el error no se refiere aquí al tipo sino a la punibilidad del hecho. Si, como consecuencia del error de subsunción y a pesar del conocimiento del significado de las cosas, falta la conciencia del injusto por haber considerado el autor el hecho como algo permitido, entonces estamos ante un error de prohibición (BGH 9, 341 [347]; 13, 135 [138]; 15, 332 [338]).

Ejemplos: En tiempos de racionamiento el autor afirma no haberse dado cuenta de que la adquisición adicional de cartillas para la obtención de alimentos supone una “ventaja patrimonial” (RG 51, 237 [239]) o de que con la financiación de negocios concluidos con pagos aplazados se regenta una “institución crediticia” (BGH 4, 347 [352]). El acusado afirma no haber tomado por “aprendiz de profesora” a una joven de dieciséis años (schweiz. BGE 78 IV 41) o a las rayas en el posavasos del camarero como un “documento” (RG DStrZ 1916, 77). El asesino que, conociendo todas las circunstancias del hecho, se basa en no haber considerado su acción como “alevosa” (BGH 22, 77 [80]).

b) Un error de prohibición singular es el **error sobre las causas de justificación** (vid. *infra* § 41 III).

c) El **error en la esfera de la culpabilidad** no constituye ni error de tipo ni de prohibición. Como es sabido, resulta inatendible el error sobre la propia capacidad de culpabilidad. El error acerca de los elementos del tipo de la culpabilidad y sobre las causas de exculpación sigue sus propias reglas (vid. *infra* § 48 II).

⁹⁶ En esta dirección *Jakobs*, Studien págs. 99 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 404.

⁹⁷ Al respecto, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 408; *Backmann*, JuS 1973, pág. 300; *Lackner*, § 15 núm. 14; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núms. 41 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 23 núm. 37; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núms. 86 ss.; *Nierwetberg*, Jura 1985, págs. 238 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 408; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 23; *Warda*, Jura 1979, págs. 81 ss.

d) El **error acerca de las causas personales de exclusión de la pena** (vid. *infra* § 52 III 1) es tratado por algunos como un error de tipo⁹⁸. En una rigurosa delimitación de los casos, tal y como se pretende en esta obra (vid. *infra* § 52 II 1), no hay que situarse en la representación del autor sino en la situación objetiva puesto que las causas personales de exclusión de la pena no son partes integrantes del tipo y, de acuerdo con ello, el contenido de injusto del hecho tampoco puede verse afectado por el error⁹⁹.

Ejemplo: La creencia por parte de un diputado de que una manifestación hecha durante el transcurso de la renovación del Parlamento federal estaría cubierta por el § 36, no le exonera de responsabilidad.

e) Inatendible es, asimismo, el **error sobre las condiciones objetivas de la punibilidad** (vid. *infra* § 53 III 1) puesto que éstas constituyen limitaciones a la punibilidad introducidas por motivos político-criminales que tampoco afectan al contenido de injusto del hecho¹⁰⁰.

Ejemplo: En el § 323 a, el dolo se refiere sólo a la propia colocación en la situación de embriaguez, no al hecho cometido en tales circunstancias y tampoco a la posibilidad de que de algún modo pueda cometerse una acción punible (BGH 16, 124; discrepando, BGH 10, 247).

f) El **error acerca de la punibilidad** no se refiere a la antijuricidad del hecho sino a la consecuencia jurídica. Esta modalidad tuvo significado para *Feuerbach* en el marco de su teoría de la coacción psicológica, puesto que del conocimiento de la amenaza penal dependían los motivos que debían evitar el hecho¹⁰¹. Sin embargo, en cuanto que llegó a considerarse el contenido del mandato de la norma jurídica como un imperativo decisivo para la actuación de la persona, el error acerca de la punibilidad dejó de tener sentido alguno (RG 2, 268 [269]; 54, 152 [161]).

g) Inatendible resulta, finalmente, el **error sobre los presupuestos procesales** como, por ejemplo, la necesidad de una querrela penal (BGH 18, 123 [125])¹⁰².

⁹⁸ Así, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 núm. 34; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 132 antes del § 32; *Stree*, JuS 1976, pág. 141; *Wessels*, Allg. Teil núms. 499 ss. (para todos los casos que las causas personales de exclusión de la pena tienen su raíz en el ámbito de la culpabilidad).

⁹⁹ En este sentido, *Kohlrausch/Lange*, § 247 anotación VII; *LK* (11.ª) (Schroeder) § 16 núm. 60; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 31; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núm. 133; *Welzel*, Lehrbuch págs. 356 ss.; BGH 23, 281; OLG Stuttgart MDR 1970, pág. 162.

¹⁰⁰ Vid., más detalladamente, *LK* (11.ª) (Schroeder) § 16 núm. 61.

¹⁰¹ *Feuerbach*, Lehrbuch § 93, exigió por ello la conciencia de la punibilidad del hecho.

¹⁰² Vid. *LK* (11.ª) (Schroeder) § 16 núm. 62; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 núm. 36.

§ 30 Los elementos subjetivos del tipo

Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930; *Braun*, Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts, 1936; *Class*, Grenzen des Tatbestandes, Strafr. Abh. Heft 323, 1933; *Graf zu Dohna*, Elemente des Schuldbegriffs, GS 65 (1905) pág. 304; *Ecker*, Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale, Diss. Göttingen 1981; *Engisch*, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 165; *H. A. Fischer*, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911; *Gallas*, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, Festschrift für W. Graf Gleispach, 1936, pág. 50; *el mismo*, Der Begriff der Falschheit der eidlichen und uneidlichen Aussage, GA 1957, pág. 315; *Goldschmidt*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 19; *el mismo*, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 251; *Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling, im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961) pág. 179; *Kadečka*, Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW 59 (1940) pág. 1; *Krauß*, Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 11; *Krümpelmann*, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975) pág. 888; *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924) p.205; *el mismo*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für L. Traeger, 1926, pág. 187; *Mir Puig*, Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 253; *Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Festschrift für K. Binding, Tomo II, 1911, pág. 273; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Oehler*, Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, Berliner Festschrift zum 41. DJT, 1955, pág. 255; *el mismo*, Das objektive Zweckmoment der rechtswidrigen Handlung, 1959; *Picotti*, Il dolo specifico, 1993; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGE im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236; *Polaino*, Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español, 1972; *Schudt*, Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Entwicklung, Diss. München 1951; *Sieverts*, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934; *Stratenwerth*, Die Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 171; *Waider*, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen usw., 1970; *v. Weber*, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) pág. 490; *E. Wolf*, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolg unwert im Unrechtsbegriff, 1973; *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abh. Heft. 237, 1928; *Zipf*, Die Problematik des Meineids usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 415.

I. Naturaleza, descubrimiento y delimitación de los elementos subjetivos del tipo

1. El dolo es el núcleo central del injusto personal de acción en los delitos dolosos y puede, por ello, ser caracterizado como el elemento subjetivo *general* del tipo. Sin embargo, junto al dolo concurren a menudo **especiales elementos subjetivos del tipo**¹ que son asimismo partes integrantes del injusto de acción, en la medida en que vienen a caracterizar más detalladamente la voluntad de acción del autor. Se presentan como modificaciones de la voluntad típica de acción que, al igual que el dolo, muestran la **estructura de la finalidad** (vid. *supra* § 29 IV) y están, también como aquél, referidos al bien jurídico protegido, el objeto de la acción, así como al modo y forma de su lesión (vid. *supra* § 24 III 4 b). Por regla general los elementos subjetivos del tipo sirven para *constituir* el injusto de una determinada clase de delito y, más ocasionalmente, son empleados como base para efectuar *cualificaciones* o *atenuaciones* de un tipo básico.

2. El *descubrimiento* de los elementos subjetivos del injusto (vid. *supra* § 22 III 2 b)² se remonta a H.A. Fischer que, por primera vez en el Derecho civil y especialmente en relación con determinadas causas de justificación, comprobó que con frecuencia lo prohibido no es un comportamiento objetivo como tal, “sino que está permitido o prohibido según la disposición interna con la que el autor lo comete”³. En Derecho penal Nagler⁴ y Graf zu Dohna⁵ ya habían llamado la atención sobre manifestaciones similares. Poco después y casi al mismo tiempo Hegler⁶ y M.E. Mayer⁷ consiguieron clasificar sistemáticamente estos casos. En realidad, ambos autores todavía divisaban la antijuricidad material en la exclusiva

¹ Las denominaciones “injusto” subjetivo y “elementos del tipo” de carácter subjetivo son equivalentes; la primera se sitúa en torno a la pertenencia de la totalidad del grupo de elementos a los factores que caracterizan al *injusto* de un delito, mientras que la segunda indica que tales elementos son utilizados para la construcción del *tipo*. Acerca de la extensión numérica de la utilización de elementos subjetivos en la Parte Especial vid. *Schudt*, Die subjektiven Unrechtselemente pág. 121.

² Acerca de su historia dogmática vid. *Mezger*, GS 89 (1924) págs. 208 ss.; *Sieverts*, Subjektive Unrechtselemente págs. 4 ss.; *Waider*, Subjektive Rechtfertigungselemente págs. 173 ss.; *Lampe*, Das personale Unrecht págs. 13 ss., 31 ss. Un resumen lo suministra *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert págs. 26ff. Acerca de la asignación de los elementos subjetivos del tipo al injusto de la acción o del resultado *Mir Puig*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 253 ss.

³ H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit págs. 288 ss.

⁴ Nagler, Binding-Festschrift pág. 286 nota a pie núm. 8.

⁵ Graf zu Dohna, GS 65 (1905) págs. 310 ss.

⁶ Hegler, ZStW 36 (1915) págs. 31 ss.; *el mismo*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 251 ss.

⁷ M.E. Mayer, Lehrbuch págs. 12, 185 ss.

dañosidad social del hecho, pero admitieron que a menudo ésta también venía determinada por los fines perseguidos por el autor. De modo similar, *Sauer*⁸ demostró que los elementos subjetivos del injusto ya forjaban el tipo delictivo. El completo desarrollo de la teoría de los elementos subjetivos del injusto hay que agradecerla a *Mezger*⁹. Pero mientras que para los autores clásicos los elementos subjetivos todavía aparecían como la excepción a una antijuricidad determinada básicamente por un comportamiento corporal externo, los partidarios de la nueva sistemática vieron en su existencia una confirmación del concepto personal del injusto¹⁰. La teoría de los elementos subjetivos del injusto se ha hecho dominante en Alemania a pesar de que encontró su punto de partida en un entendimiento puramente externo de la antijuricidad y de que también tuvo decisivos adversarios¹¹. La opinión defendida por *Oehler*¹² de que tales elementos del injusto pertenecen en realidad a la culpabilidad resulta tan poco convincente como la tesis opuesta, según la cual, la totalidad de los elementos correspondientes a la actitud

⁸ *Sauer*, Grundlagen pág. 344.

⁹ *Mezger*, GS 89 (1924) págs. 259 ss.; *el mismo*, Traeger-Festschrift págs. 197 ss.; *el mismo*, Lehrbuch págs. 168 ss. La posición final de *Mezgers* en *Moderne Wege* págs. 22 ss. ya se acerca al concepto del injusto personal.

¹⁰ Así, *Braun*, Subjektive Unrechtselemente págs. 22 ss.; *Gallas*, Gleispach-Festschrift pág. 58; *Welzel*, ZStW 58 (1939) pág. 507; *E. Wolf*, Typen der Tatbestandsmäßigkeit pág. 61.

¹¹ Así, *Zimmerl*, Lehre vom Tatbestand págs. 29 ss. (que en la pág. 34 ya advertía de las consecuencias para la posición del dolo); *Goldschmidt*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 458 ss.; *Beling*, Lehre vom Tatbestand págs. 11 ss.; *Class*, Grenzen págs. 175 ss.; *Wegner*, Strafrecht págs. 111 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 104 ss. Discrepante se mostraba, sobre todo, la escuela clásica austríaca; vgl. *Rittler*, Tomo I págs. 121 ss.; *Nowakowski*, Grundriß págs. 54 ss.; *Kadečka*, ZStW 59 (1940) págs. 1 ss. El cambio hacia el reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto fue llevado a cabo por *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 25 y *Platzgummer*, JBl 1971, pág. 238. En relación con la doctrina austríaca posterior y hasta nuestros días *Engisch*, Rittler-Festschrift págs. 167 ss. y *Jescheck*, ZStW 73 (1961) págs. 197 ss. Acerca de la situación actual que se corresponde con la de la doctrina alemana, *Kienapfel*, Grundriß Z 8 Rdn. 20; *Triffterer*, Allg. Teil pág. 95. En Suiza siguen a la teoría dominante en Alemania, *Germann*, Verbrechen pág. 43; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 102 ss.; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 169 ss.; *Rehberg*, Strafrecht I pág. 72; *Schwander*, Das schweiz. StGB pág. 73. De otra opinión, *Schultz*, Einführung I págs. 139 ss.; diferenciador *Haftner*, Allg. Teil pág. 96. En Italia *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 334 ss. admiten excepcionalmente elementos subjetivos del injusto; la doctrina más moderna discute el problema de la mano del "dolo específico" que se corresponde con la "intención"; vid. *Mantovani*, Diritto penale pág. 234 y *Picotti* Il dolo specifico, 1993. A la doctrina alemana se adhieren en España *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 408 ss.; vid., además, *Polaino*, Los elementos subjetivos, 1972; *Cerezo Mir*, Curso págs. 360 ss. La doctrina francesa afronta la cuestión bajo la denominación del "dol spécial"; vid. *Merle/Vitu*, Traité I núms. 564 ss.; la doctrina holandesa lo hace bajo la de "oogmerk"; vid. *Pompe*, Handboek págs. 170 ss.; *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht págs. 127 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Rommeling*, Inleiding págs. 212 ss. La doctrina belga habla de "bijzonder opzet (dolus specialis)"; vid. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núm. 428.

¹² *Oehler*, Berliner DJT-Festschrift pág. 278; *el mismo*, Das objektive Zweckmoment págs. 131 ss.

interna del sujeto no pertenecerían a la culpabilidad, sino sólo al tipo subjetivo¹³ (vid. *infra* § 42 II 3 a).

3. No todos los elementos que forman parte de una disposición penal y que describen factores psíquicos son elementos subjetivos del injusto. Más bien hay que distinguir entre éstos, los **elementos subjetivos comprendidos por el tipo de la culpabilidad** y los **elementos de la actitud interna** (*Gesinnungsmerkmalen*) (vid. *infra* § 42 II 2, 3). Decisivos para su delimitación resultan ser los criterios ya propuestos para la distinción entre el injusto y la culpabilidad. De acuerdo con ello, el injusto del hecho sólo vendrá determinado por los elementos subjetivos integrantes de una disposición penal cuando éstos caractericen a la voluntad de acción del autor, por ir referidos a la modalidad comisiva del hecho, al bien jurídico o al objeto de la acción protegido por el tipo. Por el contrario, son elementos de la culpabilidad todas aquellas circunstancias que caracterizan más detalladamente la formación de la voluntad del autor, y que hacen aparecer a la actitud interna, de la que emana la resolución delictiva, bajo una luz más o menos negativa (vid., más detalladamente, *infra* § 42 II 3)¹⁴.

La distinción tiene trascendencia práctica para la participación: los “elementos personales especiales”, en el sentido del § 28, vienen a ser en realidad los elementos subjetivos comprendidos por la culpabilidad y los elementos de la actitud interna del sujeto, unos y otros integrables en el ámbito de la culpabilidad, pero no los elementos subjetivos del injusto que caracterizan el específico contenido de injusto del tipo delictivo (vid. *infra* § 61 VII 4 a).

Ejemplo: La “codicia” como elemento del asesinato (§ 211) pertenece al ámbito de la culpabilidad mientras que el “ánimo de lucro”, que se encuentra en la misma línea de contenido psíquico, caracteriza el específico injusto personal de la estafa (§ 263) y, por ello, aparece como un elemento subjetivo del injusto. Por ello, el cómplice en la muerte dolosa de otra persona que, a diferencia del autor, no actúa por codicia, debe ser castigado únicamente por complicidad en el homicidio (§ 28 II); en cambio, el cómplice de una estafa sólo debe saber que el autor actúa con ánimo de lucro, sin que sea necesario que él deba poseer tal intención.

¹³ Así, *Maurach/Zipf* Allg. Teil I § 22 núm. 52; *Jakobs*, Allg. Teil 6/96; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 54 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 330 ss.

¹⁴ Igualmente, *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núms. 71 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núms. 136 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 63, 122 antes del § 13; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 249.

II. Los elementos subjetivos del tipo en el Derecho vigente

La agrupación de los elementos subjetivos del tipo es discutida en sus detalles¹⁵, aunque la cuestión pierde trascendencia tan pronto como el dolo también es incluido en el tipo de injusto. Así pues, sólo conserva un significado práctico la delimitación frente a los elementos de la culpabilidad.

1. El primer grupo comprende a los “**delitos de intención**” (delitos de tendencia interna trascendente). Se habla de intención en este sentido cuando el autor persigue un resultado que tiene en consideración para la realización del tipo pero que en realidad no necesita ser alcanzado. Se distingue entre delitos de resultado cortado y delitos mutilados en dos actos (vid. *supra* § 26 II 5)¹⁶.

a) En los *delitos de resultado cortado* la acción típica es completada por la persecución de un resultado externo que va más allá del tipo objetivo y que debe acontecer *por sí mismo*, esto es, sin la intervención del autor. Como ejemplos pueden señalarse el envenenamiento (§ 229)¹⁷, el hurto agravado (§ 252), la extorsión (§ 253), la estafa (§ 263), impedimento de la ejecución forzosa (§ 288) o el cohecho activo (§ 233) (*Vorteilsgewährung*).

b) Por el contrario, en los *delitos mutilados en dos actos* para la realización del tipo el autor debe querer causar *con su propia conducta* el resultado que va más allá del tipo objetivo. Como ejemplos pueden mencionarse el secuestro (§ 236)¹⁸, el hurto (§ 242), el robo (§ 249) y el incendio agravado (§ 307 núm. 2).

2. El segundo grupo comprende los “**delitos de tendencia**” (delitos de tendencia interna intensificada). La nota característica a este grupo radica en que la acción delictiva es dominada por la dirección de la voluntad del autor, que es la que le confiere su verdadero carácter o la especial peligrosidad para el bien jurídico protegido.

¹⁵ Vid. la clasificación de *Sieverts*, Subjektive Unrechtselemente págs. 140 ss., que estructura sobre *Hegler, Mezger y E. Wolf*. Además, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 281 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 54 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 8/89 ss. Acerca de la estructura psicológica de los elementos subjetivos del injusto *Krauß*, Bruns-Festschrift págs. 11 ss.; *Krümpelmann*, ZStW 87 (1975) págs. 896 ss.

¹⁶ Así, *Binding*, Lehrbuch Bes. Teil Tomo I pág. 12.

¹⁷ En la actualidad el § 229 StGB regula las lesiones corporales imprudentes; el envenenamiento aparece ahora regulado como una de las modalidades peligrosas de las lesiones corporales en el § 224 I 1 StGB (N del T).

¹⁸ El § 236 StGB en su redacción anterior regulaba el secuestro de una menor de dieciocho años con fines sexuales llevado a cabo de acuerdo con su voluntad. Actualmente esta figura ha desaparecido y el § 236 StGB se dedica ahora a la tipificación del tráfico de niños (N del T).

a) A estas infracciones pertenecen, en primer lugar, los *delitos sexuales* (§§ 174 ss.) que por su propia naturaleza precisan no sólo que externamente la acción contradiga gravemente el sentimiento de pudor, sino también que sea emprendida con ánimo lujurioso (vid. la ingeniosa afirmación de Mefistófeles en la escena colegial de "Fausto" acerca de la medicina).

b) Otro grupo de delitos requiere una dirección volitiva del autor que muestra una *tendencia especialmente peligrosa* para el bien jurídico protegido. Ejemplos de ello son el ánimo de obtener alguna ventaja patrimonial (§ 181 a I núm. 2), el ánimo de lucro (§ 259), el ánimo de ocultación (§ 211 II) o el ánimo de perjudicar (§ 274 I núms. 1-3).

c) A los delitos de tendencia pertenecen también los tipos penales con *elementos constitutivos* de la profesionalidad (§§ 180 a I, II núm. 1, III, 181 a II¹⁹, 260, 292 III²⁰, 293 III²¹, 302 a II núm. 2), la habitualidad (§§ 284 II, 292 III²², 293 III²³) y el carácter comercial (§ 144²⁴)²⁵. La conexión con el contenido de injusto típico reside aquí bien en la especial consolidación de una voluntad de acción cuyo portador, a través de la comisión reiterada del hecho, quiere asegurarse como una fuente de ingresos duradera, bien por medio de una inclinación que le impulsa a la comisión del delito correspondiente o, finalmente, por pretender convertir al delito en una parte de su actividad profesional.

d) Por último, también pueden citarse como delitos de tendencia en sentido amplio los tipos con "*verbos que describen una actividad final*" (vid. *supra* § 24 III 4 d) en los que, aunque en realidad se define un determinado proceso exterior, sin embargo en ellos resulta decisiva la dirección dada por el autor hacia el resultado²⁶.

3. Un tercer grupo de tipos con elementos subjetivos viene constituido por los "**delitos de expresión**"²⁷. En ellos el tipo exige que exista en el autor una situación cognoscitiva interna que entra en contradicción con el comportamiento externo. Éste es el caso de los delitos relativos al falso testimonio (§§ 153, 154, 156) en tanto que en ellos el injusto de la acción se divide en la contradicción

¹⁹ Téngase en cuenta la nueva estructura y reenumeración de los delitos contra la autoterminación sexual en los §§ 174 ss. StGB.

²⁰ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 292 II 1 (N del T).

²¹ La actual redacción del § 293 no contiene alusión alguna al ejercicio profesional de la conducta delictiva (N del T).

²² La remisión debe entenderse realizada al vigente § 292 II 1 (N del T).

²³ La actual redacción del § 293 no contiene alusión alguna al ejercicio profesional de la conducta delictiva (N del T).

²⁴ Actualmente el § 144 StGB se encuentra derogado (N del T).

²⁵ De otra opinión, Nowakowski, JBl 1972, pág. 25 que considera a estos elementos constitutivos como momentos integrantes de la culpabilidad.

²⁶ Vid. v. Weber, Aufbau págs. 8 ss.; *el mismo*, Grundriß pág. 73.

²⁷ Así, Mezger, Lehrbuch pág. 173.

existente entre sus palabras y su conocimiento (teoría subjetiva)²⁸; tal desvalor concurre, asimismo, cuando la afirmación falsa se refiere a un hecho interno. Otro ejemplo es la omisión del deber de denunciar un delito (§ 138) que presupone que el autor ha tenido conocimiento fidedigno del delito cuya comisión es inminente.

4. Finalmente, también son incluidos dentro de los elementos subjetivos del injusto, al menos en lo que respecta al contenido psicológico de los mismos, los **elementos impropios de la actitud interna** del sujeto. Tales elementos no muestran un juicio de valor ético-social de carácter autónomo sino que constituyen únicamente el reverso de elementos especiales del injusto (por ejemplo, “cruel” o “alevoso” en el § 211 II, “gravemente contrario a la seguridad del tráfico” en el § 315 c I núm. 2)²⁹ (vid. *infra* § 42 II 3 a). Sistemáticamente vienen a ser, al mismo tiempo, “elementos de valoración global del hecho” en los que el juicio de valor no necesita ser comprendido por el dolo (vid. *supra* § 25 II 2, § 29 II 3 c).

III. El tratamiento de los elementos subjetivos del tipo

1. Al igual que el dolo, los elementos subjetivos del tipo **forman parte del tipo de injusto** de la correspondiente figura de delito. Por tanto, también deben concurrir en los casos en los que a un inimputable debe serle impuesta una medida correctiva y de aseguramiento, puesto que de lo contrario faltaría una acción conminada con pena³⁰.

2. En las hipótesis de **coautoría** los elementos subjetivos presupuestos por el tipo deben concurrir *en todos los codelincuentes* ya que una imputación recíproca entre los coautores sólo tiene lugar en relación a los elementos objetivos del tipo (BGH 24, 284 [285]) (vid. *infra* § 63 I 3 b). Por el contrario, en la **inducción** y la **complicidad** basta con que los elementos subjetivos del tipo concurren *en el autor* y que el partícipe tenga conocimiento de ello (vid. *infra* § 64 II b y III 2 d).

3. En la **tentativa** deben estar presentes la totalidad de los elementos subjetivos del tipo de la correspondiente figura de delito puesto que en aquélla sólo falta la consumación del tipo objetivo (vid. *infra* § 49 III 1 b).

²⁸ Así, por ejemplo, Gallas, GA 1957, pág. 325; Zipf, Maurach-Festschrift pág. 426.

²⁹ Vid. Schmidhäuser, Allg. Teil págs. 246 ss.; Stratenwerth, v. Weber-Festschrift pág. 175.

³⁰ En relación con los problemas constitucionales vinculados con la comprobación procesal de elementos subjetivos del tipo vid., Ecker, Subjektive Verbrechensmerkmale págs. 108 ss.

*Subsección c): La exclusión de la antijuricidad***§ 31 Fundamentos generales de la justificación de las acciones típicas**

Alwart, Der Begriff des Motivbündels, GA 1983, pág. 433; *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, 1911; *Carbonell Mateu*, La justificación penal, 1982; *Cerezo Mir*, Consideraciones generales sobre las causas de justificación, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 441; *Corrado*, Notes on the Structure of a Theory of Excuses, Journal of Criminal Law and Criminology 82 (1991) pág. 465; *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestände strafbarer Handlungen, 1905; *el mismo*, Recht und Irrtum, 1925; *Doehring*, Befehlsdurchsetzung und Waffengebrauch, 1968; *Dreher*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 207; *Engels*, Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten, GA 1982, pág. 109; *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; *el mismo*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Eser*, Justification and Excuse usw., en: *Eser/Fletcher* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo I, 1987, pág. 17; *Fletcher*, Individualisation of excusing conditions, Southern California Law Review 47 (1974) pág. 1269; *el mismo*, Rethinking Criminal Law, 1978; *Fornasari*, Il principio di inesigibilità nel diritto penale, 1990; *Frisch*, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 113; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Greenawalt*, The Perplexing Borders of Justification and Excuse, en: *Eser/Fletcher* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo I, 1987, pág. 263; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *el mismo*, Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Festschrift für G. Spindel, 1992, pág. 189; *Hassemer*, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht, en: *Eser/Fletcher* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo I, 1987, pág. 175; *Heimberger*, Zur Lehre vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit, 1907; *Herdegen*, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, en: 25 Jahre BGH, 1975, pág. 195; *Herzberg*, Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986, pág. 90; *Hirsch*, Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot, Gedächtnisschrift für U. Tjong, 1985, pág. 50; *el mismo*, Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem usw., en: *Eser/Perron* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo III, 1991, pág. 27; *Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *el mismo*, Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils, GA 1980, pág. 1; *Armin Kaufmann*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 393; *el mismo*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 277; *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 327; *Kern*, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952) pág. 255; *Klinkhardt*, Der administrative Waffengebrauch der Bundeswehr,

JZ 1969, pág. 700; *Koch*, Der Einfluß von Zwang und Notstand auf die Verantwortlichkeit des Täters im französischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1968; *Kratzsch*, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, pág. 65; *Küper*, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, pág. 81; *Lampe*, Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe, GA 1978, pág. 7; *Lange*, Gesetzgebungsfragen bei den Rechtfertigungsgründen, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 162; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *el mismo*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 165; *el mismo*, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, pág. 295; *Loos*, Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 227; *Maiwald*, Die Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 405; *R. Merkel*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht, 1895; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; *Naka*, Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, pág. 210; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *el mismo*, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 (1956) pág. 181; *el mismo*, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, SchwZStr 80 (1964) pág. 160; *el mismo*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965) pág. 1; *Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951) pág. 287; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Oehler*, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *Paeffgen*, Der Verrat in der irrigen Annahme eines illegalen Geheimnisses usw., 1979; *Perron*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; *K.-H. Peters*, "Wertungsrahmen" und "Konfliktstypen" usw., GA 1981, pág. 445; *Prittwitz*, Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr, GA 1980, pág. 381; *Puppe*, Zur Struktur der Rechtfertigung, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 183; *Robinson*, Criminal Law Defenses, Tomos I, II, 1984; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.^a ed. 1973; *el mismo*, Die notstandsähnliche Lage-ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 181; *el mismo*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, 425; *Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 51; *el mismo*, Pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 73; *el mismo*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 371; *Sax*, Der verbrechenssystematische Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch, JZ 1977, pág. 326; *Schaffstein*, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, pág. 196; *Scheffler*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, das Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente,

Jura 1993, pág. 617; *Schmidhäuser*, Der Unrechtstatbestand, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 433; *el mismo*, Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 77; *el mismo*, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, pág. 97; *Eb. Schmidt*, Befehlsdurchsetzung und Waffengebrauch, NZWehr 1968, pág. 161; *Schröder*, Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 76 (1960) pág. 1; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform usw., GA 1985, pág. 341; *Seebode*, Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 359; *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978; *Spendel*, Notwehr und "Verteidigungswille" usw., Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 197; *Steinbach*, Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen usw., 1987; *Stoß*, Die Strafrechtswidrigkeit, ZStW 24 (1904) pág. 319; *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956) pág. 41; *Triff-terer*, Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 209; *Vassalli*, La dottrina italiana dell'antigiuridicità, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 427; *Waider*, Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen usw., 1970; *Warda*, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 143; *v. Weber*, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, pág. 261; *Weber*, Besprechung von *Günther*, "Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß" (1983), JZ 1984, pág. 276; *Welzel*, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955, pág. 142; *Widmaier*, Die Teilbarkeit der Unrechtsbewertung, JuS 1970, pág. 611; *Witte*, Die strafrechtliche Beurteilung der Durchsetzung von Befehlen mit der Waffe, Diss. Freiburg 1969; *Würtenberger*, Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 125; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. La relación entre la norma de prohibición y la proposición permisiva

1. Las conminaciones penales se basan en normas de comportamiento que el legislador considera tan esenciales en interés de la paz jurídica de la comunidad, que las ha provisto con las sanciones más graves de las que dispone. Las acciones contrarias a estas normas están descritas en los concretos tipos penales. La tipicidad de una acción significa, por consiguiente, que el hecho muestra aquellos elementos del injusto que se corresponden con el tipo de un delito determinado. De este modo, *como punto de partida de la teoría de las causas de justificación*, surge la pregunta de porqué debe discutirse acerca de la antijuricidad después de haberse comprobado la tipicidad de la acción, puesto que si el tipo es portador del contenido de injusto de la correspondiente figura de delito, con la tipicidad de la acción debería constar también su antijuricidad.

¿Qué significa por el contrario “exclusión de la antijuricidad”¹?

2. La explicación para la exclusión de la antijuricidad de acciones típicas se deriva del hecho de que el Ordenamiento no sólo está constituido por **prohibiciones**, sino que también conoce autorizaciones que, bajo determinados presupuestos, levantan aquéllas². Las autorizaciones están revestidas de **proposiciones permisivas** que, como *tipos de justificación*³, prevalecen frente a los tipos de injusto. Cuando concurre una causa de justificación la norma prohibitiva contenida en el tipo de injusto deja de ser eficaz como deber jurídico en el caso concreto. El tipo de injusto no puede acoger por sí mismo a los elementos del tipo de la causa de justificación, pues idóneamente sólo está determinado para dar cabida a un resumen de los elementos *típicos* del hecho punible (vid. *supra* § 25 I 2 y III 2). Y es que junto a los elementos que en el caso normal se corresponden con una determinada figura delictiva, una acción también puede evidenciar otros que posiblemente excluyan el juicio de antijuricidad cuando de la naturaleza del injusto se derive que el hecho es aceptado por el Ordenamiento jurídico en su conjunto.

Ejemplos: Actúa conforme a Derecho quien se defiende con violencia del ladrón nocturno (§ 223). La muerte dolosa del condenado en la ejecución de la pena de muerte (§ 212) o la ejecución de la privación de libertad en las detenciones ilegales (§ 239), no sólo está permitida sino que constituye un acto de Justicia penal. Asimismo, no sólo actúa

¹ Vid. al respecto, *Graf zu Dohna*, *Recht und Irrtum* págs. 1 ss.; *el mismo*, *Verbrechenslehre* pág. 28; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 24 núms. 5 ss.; *Kühl*, *Allg. Teil* § 6 núm. 7.

² Vid. *Bockelmann/Volk*, *Allg. Teil* pág. 86; *Dreher*, *Heinitz-Festschrift* págs. 218 ss.; *Gallas*, *Beiträge* págs. 34 ss.; *Herdegen*, *BGH-Festschrift* pág. 207; *Lackner*, nota preliminar núm. 17 antes del § 13; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núms. 5 ss. antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 4 antes del § 32; *Welzel*, *Lehrbuch* págs. 80 ss.; *Wessels*, *Allg. Teil* núms. 271 ss. Mostrándose crítico sobre la cuestión, *Schmidhäuser*, *Lackner-Festschrift* págs. 84 ss. Acerca de la teoría jurídica de los imperativos y las autorizaciones *Engisch*, *Gerechtigkeit* págs. 46 ss. Las causas de justificación que levantan el deber de respetar la norma y que no sólo se erigen como una excepción dentro del sistema son calificadas por *Hruschka*, *Dreher-Festschrift* pág. 190 como “extrasistemáticas”. *Sax*, *JZ* 1977, págs. 332 ss. entiende las indicaciones del § 218 a, no como causas de justificación, sino como presupuestos negativos del merecimiento de pena. Básicamente, *Günther*, *Strafrechtswidrigkeit* págs. 253 ss. acepta que numerosas y reconocidas causas de justificación (vgr., §§ 193, 218a) sólo eliminan el merecimiento de pena del hecho, pero no lo justifican. Sin embargo, en contra de su degradación a meras “causas de exclusión del injusto penal” se pronuncian, con razón, *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 10 antes del § 32; *Lackner*, nota preliminar núm. 2 antes del § 32; *Roxin*, *Oehler-Festschrift* págs. 195 ss.; *el mismo*, *Allg. Teil I* § 14 núms. 2, 104; *Rudolphi*, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift* pág. 373; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 8 antes del § 32; *Weber*, *JZ* 1984, págs. 276 ss. De acuerdo, sin embargo, *Schünemann*, *GA* 1985, págs. 352 ss.

³ Más detalladamente sobre ello *Noll*, *ZStW* 77 (1965) pág. 8.

conforme a Derecho sino también conforme a deber quien, como empresario constructor por mandato del propietario, derriba un edificio (§ 305) o quien, como gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, reprocha al contable la firme sospecha de la comisión de una apropiación indebida (§ 185).

El juicio de antijuricidad definitivo descansa, por tanto, sobre dos vías de pensamiento: la primera radica en el examen de la tipicidad de la acción y la segunda en la comprobación de si interviene una causa de justificación. Contestándose afirmativamente a ambas cuestiones queda excluida la antijuricidad. Sin embargo, la acción justificada sigue siendo típica. La acción típica y, especialmente, su resultado, no pueden ser hechos desaparecer sin más y por lo tanto sólo son aprobados jurídicamente. Con ello se comprueba que el tipo es un grado jurídico-penal valorativo de carácter autónomo que constituye para todos una señal de advertencia a través de la cual se muestra por dónde caminan los límites de una norma prohibitiva sancionada penalmente (**función de llamada del tipo**⁴).

Para ser exactos, la denominación de las contranormas como "proposiciones permisivas" sólo es comprensible desde la óptica del Derecho penal. El verdadero significado de las causas de justificación resulta ser bastante más amplio; son proposiciones jurídicas de carácter autónomo que primordialmente no justifican algo prohibido, sino que deben servir a sus propios y amplios fines como, por ejemplo, a la protección del Derecho frente al injusto (legítima defensa), a la materialización del juicio penal (ejecución de la pena), al aseguramiento de la capacidad personal de disposición sobre el cuerpo (consentimiento) o al derecho fundamental a la libertad de expresión (salvaguardia de intereses legítimos). Nos encontramos ante una *concurrency de normas autónomas* en la que la causa de justificación tiene preferencia frente a la norma prohibición por contener una regulación especial de la situación concreta.

3. A menudo la conexión entre el tipo y la causa de justificación es interpretada como una *relación regla general-excepción*. Que lo realmente importante no es la mayor o menor frecuencia de un aspecto u otro lo demuestra el ejemplo de la ejecución de la pena privativa de libertad. Al fin y al cabo puede decirse en un sentido lógico que los tipos penales contienen "reglas" que son quebrantadas por causas de justificación como "excepciones", al tener que darse presupuestos especiales para que operen estas últimas. Lo normal es siempre la pretensión de que

⁴ Vid. con mayor detenimiento *Naka*, JZ 1961, pág. 210. En contra de *SK* (Samson) nota preliminar núm. 11 antes del § 32, el tipo es un *escalón jurídico valorativo de naturaleza autónoma* aún cuando a la comprobación de la tipicidad no son anudadas consecuencias jurídicas de ningún tipo, pues para la prevención general es importante la función de advertencia que cumple. También *Puppe*, *Stree-Wessels-Festschrift* pág. 201 considera al tipo y a la antijuricidad como grados valorativos autónomos; asimismo, *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 8, antes del § 32.

sea observado el mandato normativo. Por ello la tipicidad de la acción también es caracterizada como un “**indicio de la antijuricidad**”⁵. Con ello debe quedar dicho que la realización del tipo de injusto fundamenta la antijuricidad del hecho concreto siempre que, excepcionalmente, no intervenga una causa de justificación.

4. Al igual que la antijuricidad y la culpabilidad (vid. *infra* § 39 I), las **causas de justificación y las de exculpación** deben ser rigurosamente **diferenciadas** (vid. *infra* § 43 I)⁶. En las primeras se trata de que en el caso concreto dos bienes o intereses se encuentran enfrentados de tal modo que sólo uno de ellos puede ser preservado; el bien o interés de más valor prevalece, pues, frente al que posee menor importancia (por ejemplo, en el estado de necesidad justificante el interés protegido prepondera esencialmente sobre el menoscabado, § 34). En las causas de exculpación existe una situación excepcional que hace que resulte inadecuado el reproche culpabilístico por la comisión del hecho antijurídico (vgr., en el estado de necesidad exculpante en atención al motivo por el que se evita un riesgo actual para la vida, el cuerpo o la libertad, § 35).

II. La sistemática de las causas de justificación

1. Reiteradamente la Ciencia se ha esforzado en elaborar **principios superiores de la justificación del comportamiento típico**, al objeto de poder concebir sistemáticamente reconocidas causas de justificación e identificar y formular nuevas proposiciones permisivas⁷. Al respecto hay que distinguir las teorías *monistas* que con un único punto de vista buscan conseguir la explicación de todas las causas

⁵ Así, se pronuncia la doctrina dominante en adhesión a *M. E. Mayer*, Lehrbuch pág. 10 nota a pie núm. 21, págs. 52 y 182; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 265 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núms. 8 y 27 antes del § 13; *Kühl*, Allg. Teil § 6 núm. 2; *Lackner*, nota preliminar núm. 17 antes del § 13; v. *Liszt/Schmidt*, pág. 185; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil 1 § 24 núm. 7; *Welzel* Lehrbuch pág. 80; *Wessels*, Allg. Teil núm. 122. En el mismo sentido también RG 63, 215 (218). En contra de la teoría del efecto indiciario *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 285 ss.; *el mismo*, Lackner-Festschrift págs. 80 ss.

⁶ Sobre la cuestión, *Roxin*, JuS 1988, pág. 425; *Eser*, Justification and Excuse pág. 45; *Küper*, JuS 1987, págs. 81 ss.; *Hirsch*, Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung págs. 47 ss. Sosteniendo que la distinción entre justificación y exculpación no resulta forzosa, *Hassemer*, Rechtfertigung und Entschuldigung págs. 184 ss. En relación con el Derecho comparado que en parte no conoce esta diferenciación y que, también en parte, no la lleva a cabo sistemáticamente, vid. *infra* § 31 VI nota a pie núm. 41.

⁷ Acerca del desarrollo histórico vid. *Heimberger*, Ausschluß der Rechtswidrigkeit págs. 6 ss. Mostrándose crítico con el mismo *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núms. 47 ss. antes del § 32.

de justificación, y las teorías *pluralistas* que en la exclusión del injusto recurren a diversos planteamientos jurídicos. Una teoría monista se muestra hoy sólo posible si las causas de justificación se estructuran sobre un principio completamente abstracto y formal como, por ejemplo, “la pretensión del bien preponderante”⁸, el de “más utilidad que dañosidad” (*Sauer*), o sobre la fórmula del “empleo del medio adecuado para la consecución de un objetivo reconocido por el Ordenamiento jurídico”⁹, sobre la idea rectora de la “ponderación de valores”¹⁰ o de la “correcta regulación social de intereses contrarios”¹¹. No obstante, si lo que se busca es la explicación acerca del alcance y presupuestos de las *concretas* causas de justificación, sólo un punto de vista que ponga de relieve la diversidad de su contenido material podrá conducir a tal objetivo¹². Por ello, incluso por la mayoría de los propios defensores de las teorías monistas se acepta que las concretas causas de justificación muestran estructuras diferenciadas.

2. Partiendo del concepto del injusto surgen *dos* ideas rectoras que en variada combinación con otras consideraciones valorativas constituyen la base de los tipos de justificación. Una de ellas es la **idea de ponderación de bienes**¹³ que se corresponde con la concepción del delito como lesión del bien jurídico (injusto del resultado) y que conduce a la siguiente pregunta: *¿Qué efecto ha tenido el hecho?* La otra es la **idea del fin** que se corresponde con la concepción del delito como actuación de la voluntad contraria al deber (injusto de la acción) y que desemboca en la siguiente cuestión: *¿De qué tenía que haberse abstenido el autor?* Otra interpretación parte de las consideraciones que pueden motivar al legislador a justificar un comportamiento típico: el **principio del interés preponderante** frente al que representa la protección del bien jurídico lesionado (legítima defensa, estado de necesidad) y la **idea de la ausencia de interés** en la protección penal

⁸ Así, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 288.

⁹ Así, *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit págs. 48 ss.; *el mismo*, Recht und Irrtum pág. 14; *el mismo*, Verbrechenslehre pág. 31.

¹⁰ Así, *Noll*, ZStW 77 (1965) pág. 9.

¹¹ Así, *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem pág. 15.

¹² En este sentido se pronuncia en la actualidad la doctrina mayoritaria desde la teoría pluralista; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 276; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 88; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 25 núms. 9 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núms. 37 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 11/3; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 7 antes del § 32; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 48 antes del § 32. De otra opinión *Schmidhäuser*, Lackner-Festschrift págs. 87 ss.

¹³ Que es entendida en un sentido amplio por *Binding*, Handbuch pág. 760, *R. Merkel*, Kollision págs. 49 ss. y, sobre todo, por *Lenckner*, GA 1985, págs. 300 ss.; más estrechamente, en el sentido de bienes jurídicos por *Stoß*, ZStW 24 (1904) pág. 328; comprendiéndola en un sentido espiritualizado como colisión de “pretensiones de observancia” *Schmidhäuser*, Engisch-Festschrift págs. 450 ss.

(consentimiento y consentimiento presunto)¹⁴. En el marco de estos principios generales los puntos de vista valorativos más diversos, con distinto peso específico y diferentes combinaciones, desarrollan su rol en las concretas causas de justificación¹⁵; entre tales aspectos valorativos pueden citarse la reafirmación del Derecho, la necesidad, la proporcionalidad, la preservación de la libertad y, en especial, “la subordinación de los bienes jurídicos a la autonomía individual”¹⁶.

3. En la comprensión del sentido de las causas de justificación en particular hay que partir del *concepto material de antijuricidad* (vid. *supra* § 24 I 2), pues la justificación significa que una acción, a pesar de contradecir a una norma prohibitiva, en el caso concreto está en condiciones de tolerar la lesión o puesta en peligro del objeto material de protección en beneficio de valores de mayor importancia, siempre que *también* el fin perseguido por el autor no resulte desaprobado. Con otras palabras: como consecuencia de la intervención de la norma justificante, **tanto el desvalor de acción como el de resultado** del hecho debe **decaer o ser compensado** en todo o en su mayor parte¹⁷. Nada más puede decirse acerca de los principios comunes a *todas* las causas de justificación, pues cada una de ellas descansa sobre combinaciones completamente diversas de factores justificantes.

Ejemplos: En la legítima defensa (§ 32) son decisivas la autoprotección frente al agresor y la preservación del Derecho, mientras que básicamente no importa la relación valorativa entre el bien jurídico lesionado y el amenazado. En la defensa de las cosas (§ 228 BGB) la idea básica es sólo la autoprotección; no obstante, aquí la ponderación de bienes también desempeña su papel cuando el daño no está relacionado con el riesgo. El estado de necesidad en el ámbito civil (§ 904 BGB), en atención a la lesión de la autonomía del afectado por la intervención pero en la que no toma parte el propietario, sólo concurre en el supuesto de un daño gravemente desproporcionado. En el estado de necesidad justificante el hecho debe ser también un “medio adecuado” incluso en el caso de una clara diferencia valorativa entre los intereses opuestos (§ 34 StGB; § 16 OWiG). En el ejercicio de las potestades del cargo (por ejemplo, § 127 II StPO) y la preservación de intereses legítimos (§ 193) la intervención en derechos ajenos puede estar justificada incluso ante un hecho incierto, en razón a que aquí el examen escrupuloso de las circunstancias pertenece a los presupuestos de la justificación (vid. *infra* § 31 IV 3). En el consentimiento se trata de la libertad de disposición del titular del bien jurídico que, sin

¹⁴ Así Blei, Allg. Teil págs. 130 ss.; Dreher, Heinitz-Festschrift pág. 218; Lenckner, Notstand pág. 135; Mezger, Lehrbuch pág. 205; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar 7 antes del § 32.

¹⁵ Vid. Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem págs. 26 ss.

¹⁶ Sobre ello vid. Stratenwerth, ZStW 68 (1956) págs. 44 ss.

¹⁷ Con mayor detenimiento sobre la cuestión Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe págs. 48 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 7 antes del § 32.

embargo, en muchos casos encuentra su límite en las representaciones valorativas de la comunidad (§ 226 a)¹⁸.

4. El catálogo de causas de justificación no está nunca concluso porque también los principios decisivos del orden social siguen desarrollándose. De este modo el art. 20 IV GG reconoce un “derecho de resistencia”, la BGHZ 27, 290 toma en consideración también una “situación similar a la legítima defensa” y la BGH 20, 342 (368) concede al ciudadano un “derecho de retorsión” para hipótesis de graves infracciones contra el Ordenamiento constitucional. Pero las causas de justificación también pueden decaer. De esta forma ha sido prohibida la anterior posibilidad de represalia bélica a través del art. 33 I, III del Convenio de Ginebra para la protección de la población civil de 12.8.1949 (BGBl. 1954 II págs. 781, 917).

III. Origen y tipificación de las causas de justificación

1. El Ordenamiento jurídico sólo conoce un *concepto unitario de antijuricidad*. En los concretos sectores de aquél sólo son distintas las *consecuencias jurídicas* de la acción ilícita (por ejemplo, la indemnización del daño en Derecho civil, la revocación de un acto administrativo en Derecho administrativo, la reparación en Derecho internacional o las penas y medidas de seguridad en Derecho penal). De acuerdo con ello, también las causas de justificación deben derivarse del conjunto del Ordenamiento jurídico. Rige, pues, el principio de la **unidad del Ordenamiento jurídico**¹⁹ (RG 61, 242 [247]; BGH 11, 241 [244]; OLG Köln StV 1986, págs. 537 ss.). Ello significa que, por ejemplo, una causa de justificación existente conforme al Derecho público o al civil también es aplicable de modo

¹⁸ Actualmente el consentimiento en las lesiones corporales aparece regulado en el § 228 StGB (N del T).

¹⁹ Vid. *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung págs. 55 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 87 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 11/4 ss.; *Kern*, ZStW 64 (1952) pág. 262; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 10 antes del § 32; *Lange, v. Weber-Festschrift* pág. 166; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 25 núm. 12; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 27 antes del § 32; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 19 antes del § 32. Dudoso, *Roxin, Oehler-Festschrift* pág. 195. Con una opinión básicamente diversa *Günther*, Strafrechtswidrigkeit págs. 100 ss., que admite la existencia para el Derecho penal de una antijuricidad, el “injusto penal”, intensificada. Sin embargo, todos los presupuestos de la punibilidad, sobre todo el contenido de injusto del hecho, están regulados de modo concluyente en el tipo penal; no puede ser exigido un “plus”. Vid., acertadamente, *Weber*, JZ 1984, págs. 276 ss. Por el contrario, y como excepción a la regla general, *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 36, junto con *Günther*, reconocen la posibilidad una especial exclusión de la antijuricidad penal.

inmediato al Derecho penal²⁰, y que específicas causas penales de justificación (vgr., § 193) también justifican el hecho a los ojos de otros sectores jurídicos²¹. Además, debe tenerse en cuenta que, naturalmente, también pueden estar anudadas proposiciones permisivas a determinados tipos penales, de modo que su traspaso a otros tipos penales no es admisible sin más.

Ejemplos: De este modo, la preservación de legítimos intereses (§ 193) sólo justifica lesiones al honor y no resulta aplicable en el ámbito de la acusación falsa (§ 164) (RG 72, 96 [98]; 74, 257 [261]). Asimismo, el § 226 a²² debería quedar limitado a las lesiones corporales para no convertir al principio de las buenas costumbres en una limitación general de la libertad de disposición del individuo sobre su esfera de dominio (vid. *infra* § 34 III 2).

2. Por el carácter ilimitado de su ámbito originario se deriva que, ni científicamente ni por la Ley, resulta factible hacer una enumeración cerrada de todas las causas de justificación posibles. Además, ni siquiera legislador estatal podría regular por sí mismo todas las causas de justificación por tener parcialmente sustraída la competencia para ello, tal y como sucede, por ejemplo, con las reglas generales de Derecho internacional (vgr., las relativas a las acciones bélicas adecuadas al Derecho internacional o las referidas a las facultades de la potencia ocupante). Finalmente, hay que reparar en que también cambian las circunstancias externas y los valores dominantes de la sociedad, por lo que siempre podrán surgir nuevas causas de justificación, así como decaer, ampliarse o restringirse las ya existentes (vid. *supra* § 31 II 4). De ello resulta que una regulación legal no *debería* ser en absoluto cerrada. Además, junto al **Derecho escrito** también surgen como fuentes de proposiciones permisivas el **Derecho internacional**, el **Derecho consuetudinario** y el **Derecho suprapositivo** orientado a los valores superiores de la comunidad²³.

Ejemplos: De este modo, anteriormente se derivaba del Derecho internacional el derecho a la represalia bélica (BGH 23, 103 [107]). Desde la RG 61, 242 (interrupción del embarazo ante el riesgo de suicidio) era reconocido como causa de justificación un

²⁰ Vid. E. 1925 § 20: "No existe acción ilícita cuando la antijuricidad del hecho está excluida por el Derecho público o civil".

²¹ Esto último es refutado por *Jakobs*, Allg. Teil 11/6 y *Seebode*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 367, refiriéndose al tratamiento de un comportamiento justificado como injusto disciplinario, aunque aquí se trata de otro bien jurídico.

²² El consentimiento en las lesiones se regula actualmente en el § 228 StGB (N del T).

²³ También las causas de justificación supraleales son entendidas como reglas generales y no pueden estar limitadas al caso concreto; vid., más detalladamente, *Würtenberger*, Rittler-Festschrift págs. 136 ss.; *Noll*, SchwZStr 80 (1964) págs. 168 ss.

estado de necesidad "supralegal" (vid. *infra* § 33 IV 1, 2); en la actualidad se encuentra legalmente regulado (§ 34 StGB, § 16 OWiG). El derecho de corrección de los profesores estuvo apoyado sobre el Derecho consuetudinario, aunque actualmente ya no existe (BGH 11, 241 [247]). Una proposición normativa extralegal es la legítima defensa estatal limitada a los casos de amenaza para la existencia del Estado, puesto que el ataque a la presencia estatal siempre pone en peligro el presupuesto esencial de un orden colectivo basado en el Derecho (a ello apela, desde luego sin razón, la RG 63, 215 [220] en un caso de "asesinato político"). Por el contrario y de acuerdo con el § 10 V 2 SG, la autorización para el uso de armas de fuego en ejecución de órdenes militares ha experimentado una amplia restricción a través del Derecho suprapositivo (anterior § 124 MStGB)²⁴.

3. De ser posible, por motivos de seguridad e igualdad jurídica, el legislador debería haber pensado en una amplia regulación de las causas de justificación²⁵. La **función de garantía** de la Ley penal no se cuestiona por el reconocimiento de causas de justificación consuetudinarias o supralegales, dado que aquí se trata de limitaciones y no de ampliaciones de la punibilidad. Pero también resulta admisible la interpretación restringida de las causas de justificación supralegales porque la función de garantía de la Ley penal se extiende sólo al texto de la Ley. Por el contrario, las causas de justificación reguladas penalmente (por ejemplo, §§ 32, 34) no deberían ser limitadas más allá de su tenor literal, puesto que entonces existiría una ampliación de la punibilidad en contra del texto de la Ley²⁶.

IV. Los elementos subjetivos de justificación

1. Para la justificación de una actuación típica no basta con que concurren los elementos *objetivos* de la correspondiente causa de justificación. El autor debe, más bien, *reconocer* la existencia de la situación que justifica el hecho y haber actuado *en el ejercicio* de la autorización que se le otorga o *en cumplimiento* del deber

²⁴ Así, *Witte*, Durchsetzung von Befehlen mit der Waffe pág. 92. Acepta la completa eliminación del derecho a utilizar el arma de fuego de acuerdo con el § 10 V 2 SG, *Doehring*, Befehlsdurchsetzung págs. 18 ss.; de acuerdo también *Eb. Schmidt*, NZWehrr 1968, págs. 161 ss. Vid. también *Klinkhardt*, JZ 1969, pág. 700.

²⁵ La fundamentación del E 1962 apela también a "una innegable necesidad de la praxis".

²⁶ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 123; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 17; *Hirsch*, Tjong-Gedächtnisschrift pág. 63; *Engels*, GA 1982, págs. 109 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 8 núm. 41; *SK (Rudolphi)* § 1 núm. 18; *Kratzsch*, GA 1971, pág. 72; *Schmidhäuser*, Studienbuch pág. 30; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 169; *Wessels*, Allg. Teil núm. 52; *Würtenberger*, Rittler-Festschrift pág. 133.

que se le impone²⁷. También en la jurisprudencia se ha **impuesto** ampliamente **la teoría de los elementos subjetivos de justificación**.

Ejemplos: Las RG 54, 196 (199) y BGH 3, 194 (198) exigen la voluntad de defenderse en la legítima defensa. La actuación “dirigida” hacia la preservación de intereses legítimos debe haber sido un móvil del autor en el caso del § 193 (RG 61, 400; BGH 2, 111 [114]). De acuerdo con la RG 62, 137 (138) la interrupción justificada del embarazo a causa del peligro vital presupone un “examen concienzudo” del fundamento de la indicación por parte del médico que, en todo caso, *también* incluye la voluntad de salvar la vida a la mujer embarazada (asimismo, BGH 38, 144 [155]). Las RG 67, 324 (327) y BGH 11, 241 (257) exigen la persecución de una finalidad educativa en el ejercicio del derecho de corrección. El estado de necesidad justificante requiere que la intervención tenga lugar “para enervar el peligro” (§ 34).

Para una *teoría personal del injusto* que hace depender decisivamente el injusto de la acción de la dirección volitiva del autor, se entiende por sí misma²⁸ la exi-

²⁷ Así, BGH 5, 245 (247); BGH GA 1980, 67; OLG Karlsruhe JZ 1984, pág. 240 (241); Dreher/Tründle, § 32 núm. 14; LK (9.^a) (Baldus) § 53 núm. 16; LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núms. 53 ss. antes del § 32 con referencias jurisprudenciales; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 25 núm. 27; Niese, Finalität pág. 17; Schmidhäuser, GA 1991, págs. 131 ss.; SK (Samson) nota preliminar núm. 23 antes del § 32; WK (Nowakowski) nota preliminar núm. 77 antes del § 3; Wessels, Allg. Teil núm. 275; Preisendanz, § 32 comentario núm. 113. Por el contrario, la opinión dominante se conforma con una actuación que se desarrolle “con el conocimiento” del supuesto fáctico justificante; así, Bockelmann/Volk, Allg. Teil pág. 92; Gallas, Bockelmann-Festschrift pág. 176 nota a pie núm. 56; Kühl, Allg. Teil § 6 núms. 11 ss.; Lackner, nota preliminar núm. 6 antes del § 32; Jakobs, Allg. Teil 11 /20; Rudolphi, Maurach-Festschrift pág. 57; Roxin, Allg. Teil I § 14 núm. 94; Steinbach, Subjektive Rechtfertigungselemente págs. 200, 228; Frisch, Lackner-Festschrift págs. 135 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 14 antes del § 32; Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 489; Loos, Oehler-Festschrift pág. 236; Alwart, GA 1983, págs. 449 ss.; Prittwitz, GA 1980, pág. 389; Schünemann, GA 1985, pág. 371; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert págs. 233 ss. En el estado de necesidad justificante (§ 34) esta visión contradice el tenor del texto legal y en el derecho de corrección y en la preservación de intereses legítimos conduce a resultados inadecuados. Por el contrario, conciben las causas de justificación de un modo puramente objetivo, Spendel, Bockelmann-Festschrift pág. 257; *el mismo*, Oehler-Festschrift págs. 197 ss., así como LK (11.^a) (Spendel) § 32 núm. 138 con referencias a la bibliografía más antigua y Oehler, Zweckmoment págs. 165 ss. Para algunas causas de justificación como, por ejemplo, el consentimiento, niegan la exigencia del conocimiento Gallas, Bockelmann-Festschrift pág. 174; Baumann/Weber, Allg. Teil págs. 292 ss. En cualquier caso, junto al conocimiento de los elementos de la causa de justificación es exigible una intención específica cuando se trata de “causas de justificación imperfectas de dos actos” (Lampe, GA 1978, pág. 7) como, por ejemplo, el ánimo de persecución penal en el § 127 StPO o la intención del uso privado de la copia o reproducción de acuerdo con el § 53 UrhG. También aquí con una opinión diversa Frisch, Lackner-Festschrift págs. 145 ss.

²⁸ Destaca con razón la relación de esta cuestión con las premisas de la teoría del delito Waider, Subjektive Rechtfertigungselemente págs. 167 ss.

gencia de que en todas las causas de justificación el ánimo del autor deba coincidir con la intención de la proposición permisiva, pues sólo bajo este presupuesto se elimina el desvalor de la acción del hecho²⁹. Pero también desde el punto de vista de la *teoría de la finalidad* resulta evidente la toma en consideración de los elementos subjetivos de justificación, puesto que lo importante es lo que el autor quería conseguir³⁰. Por el contrario, una teoría del injusto orientada al *resultado* de la acción se inclinará más o a rechazar completamente los elementos subjetivos de justificación³¹ o a reconocerlos tan sólo en determinadas causas de justificación³². En cualquier caso, tras la asunción por parte del § 34 de la finalidad de que la acción vaya dirigida al salvamento, ya no puede sostenerse el completo rechazo de los elementos subjetivos de justificación.

2. Sin embargo, la diversidad de opiniones doctrinales resulta, en cuanto a su trascendencia práctica, de una menor importancia de lo que pudiera pensarse ya que también los adversarios de los elementos subjetivos de justificación castigan mayoritariamente al autor por una tentativa cuando éste ha actuado bajo el desconocimiento de la existencia objetiva de la causa de justificación³³. Con ello, el contraste entre estas concepciones se reduce a la cuestión de si al autor que desconoce la situación justificante hay que castigarlo por *tentativa* o por *delito consumado* lo que, desde luego, a causa de la punibilidad meramente fragmentaria de la tentativa y por la atenuación facultativa, también tiene su importancia. Los defensores de la teoría personal del injusto que son consecuentes con la misma³⁴ y un sector de la jurisprudencia (BGH 2, 111 [114]; a favor de la tentativa, por el

²⁹ El ánimo del autor de perseguir la intención de la proposición permisiva constituye el elemento opuesto a su voluntad de lesionar el objeto de la acción protegido por el tipo (el cuerpo o la vida del agresor, o todos los bienes del afectado por la situación de necesidad). Acerca de las relaciones, por un lado, entre el injusto objetivo y subjetivo y, por otro, entre los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación *Puppe*, *Stree/Wessels-Festschrift* págs. 183 ss.

³⁰ *Graf zu Dohna*, *Verbrechenslehre* pág. 32; *v. Liszt/Schmidt*, págs. 199, 207.

³¹ Así (con anterioridad) *Nowakowski*, *ZStW* 63 (1951) pág. 319; *Oehler y Spendel supra* nota a pie núm. 27. No obstante, también en este punto ha cambiado *Nowakowski*, *JbI* 1972, pág. 27. Vid., también *el mismo*, *Perspektiven* págs. 122 ss.

³² Así, *Baumann/Weber*, *Allg. Teil* págs. 292 ss. y *Gallas*, *Bockelmann-Festschrift* pág. 174, además, *Waider*, *Subjektive Rechtfertigungselemente* págs. 108 ss.

³³ Vid. *Baumann/Weber*, *Allg. Teil* pág. 293; *Gallas*, *Bockelmann-Festschrift* págs. 174 ss. (para el consentimiento). Por el contrario, *Spendel*, *DRiZ* 1978, págs. 330 ss. y *LK* (11.^a) § 32 núm. 138 se decanta por la impunidad.

³⁴ Así, *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núms. 59 y 61 antes del § 32; *Niese*, *Finalität* pág. 18 nota a pie núm. 37; *Welzel*, *Lehrbuch* pág. 92; *Zielinski*, *Handlungs- und Erfolgsunwert* págs. 259 ss. Asimismo, *Dreher/Tröndle*, 32 núm. 14; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* pág. 292; *Paeffgen*, *Der Verrat* pág. 156 nota a pie núm. 382.

contrario, BGH 38, 144 [155] y KG GA 1975, 213 [215]) se han inclinado por la pena del delito consumado, mientras que otros partidarios de la teoría de los elementos subjetivos sólo aceptan la punibilidad por la tentativa³⁵. Lo correcto es **aplicar adecuadamente** a este supuesto **las reglas de la tentativa**³⁶. Ciertamente, hay que reconocer que se ha realizado el tipo previsto en la disposición penal con inclusión del resultado; este último, sin embargo, no resulta desaprobado por el Ordenamiento jurídico a causa de la situación objetiva justificante que concurre y, por ello, debe ser negado el acaecimiento del *injusto* del resultado³⁷. De esta forma estamos ante una circunstancia que hay que valorar como en la tentativa: en ambos casos el autor quiere cometer el injusto pero el resultado no está presente por lo que no puede ser considerado como resultado del *injusto*.

Ejemplos: El médico que interrumpe el embarazo sin saber que sobre la mujer concurren los presupuestos objetivos de la indicación médica abortiva (§ 218 a³⁸) sólo es castigado por tentativa de aborto (§ 218 IV 1) (BGH 38, 144 [155]; de otra opinión BGH 2, 111 [114 ss.]). El deudor que, desconociendo su ilicitud, opone resistencia a una acción oficial antijurídica del órgano judicial ejecutivo, sólo comete una tentativa (impune) de resistencia (KG GA, 213 [215]).

3. En contraste con la voluntad dirigida al ejercicio de la causa de justificación, el **examen meditado** de los presupuestos objetivos de aquella *no* constituye *un elemento subjetivo general de la justificación*. Más bien sucede entonces que al autor se le otorga la causa de justificación en toda su extensión cuando están presentes los presupuestos objetivos y actúa en atención a la situación justificante.

Ejemplo: El médico que, a consecuencia de una exploración meramente superficial de la embarazada, llega a la conclusión objetivamente acertada de que concurre la indicación

³⁵ Blei, Allg. Teil pág. 132; Herzberg, JA 1986, pág. 190; Hruschka, GA 1980, págs. 16 ss.; Jakobs, Allg. Teil 11/23; Frisch, Lackner-Festschrift págs. 138 ss.; Kohlrausch/Lange, nota preliminar núm. VI antes del § 43; Eser/Burkhardt, Strafrecht I núm. 11 A núm. 10; Roxin, Allg. Teil I § 14 núm. 101; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 15 antes del § 32; Kühl, Allg. Teil § 6 núms. 15f ss.; Lenckner, Notstand págs. 185 ss.; Rudolphi, Maurach-Festschrift pág. 58; Schaffstein, MDR 1951, pág. 199; SK (Samson) nota preliminar núm. 24 antes del § 32; v. Weber, JZ 1951, pág. 263.

³⁶ Así, Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 25 núm. 34; Steinbach, Subjektive Rechtfertigungselemente págs. 312 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 15 antes del § 32; Stratenwerth, Allg. Teil I núms. 492ff ss.; Wessels, Allg. Teil núm. 279; LK (10.^a) (Vogler) § 22 núm. 140; Scheffler, Jura 1993, pág. 624.

³⁷ Así, Lenckner, Notstand págs. 195 ss.

³⁸ Téngase en cuenta la nueva regulación del aborto introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

abortiva médica (§ 218 a II³⁹) y en atención a ello interviene produciendo la interrupción del embarazo (de otra opinión RG 62, 137 [138]; a causa de “la especial configuración del § 218 a⁴⁰” también se pronuncia en un sentido distinto la BGH 38, 144 [155]).

La infracción del deber de examen *sólo* puede tener trascendencia *para el caso* en el que *no* concurren en la realidad los presupuestos objetivos de la causa de justificación, pues sólo entonces se plantea la cuestión de si el autor resulta punible por no haber aplicado el deber de cuidado necesario (vid. *infra* § 41 IV 1d)⁴¹.

Una verificación concienzuda es necesaria, excepcionalmente, en aquellas causas de justificación en las que es aprobada una *acción que es en sí misma objetivamente antijurídica*, en atención a la reconocida finalidad jurídica perseguida por el autor y por la incertidumbre jurídica existente en el momento del hecho (*idea básica del riesgo permitido*) (vid. *infra* § 36 II 3); aquí la causa de justificación sólo debe basarse en que el autor hizo todo lo posible para informarse acerca de la situación objetiva⁴². Sólo entonces resulta justificada la lesión del bien jurídico que en definitiva tiene lugar. Esto rige, en primer lugar, para la salvaguarda de intereses legítimos si no son demostrables las afirmaciones ofensivas al honor (§ 193), así como, en segundo lugar, para los casos de actuación con el consentimiento presunto del ofendido cuando en realidad no coinciden en cuanto al resultado la voluntad real y la presunta, así como, finalmente, para todas aquellas actuaciones oficiales en las que el funcionario actúa conforme a Derecho, aún cuando no se confirman los presupuestos que aquél tuvo por ciertos (por ejemplo, la detención preventiva de acuerdo con el § 127 II StPO si posteriormente se comprueba la inocencia del sospechoso).

Ejemplo: El autor no puede apelar a la salvaguarda de los intereses legítimos por la manifestación de una sospecha ofensiva que posteriormente se demuestra injusta, si no ha observado el deber de verificar con anterioridad de modo diligente los hechos afirmados por él (BGH 14, 48 [51]).

4. Fundamentalmente, el juez debe decidir sobre la base de una perspectiva **ex post** si en el momento del hecho se habían cumplido los presupuestos de una

³⁹ Véase la nota anterior (N del T).

⁴⁰ Véase la nota núm. 38 (N del T).

⁴¹ Vid. *Welzel*, JZ 1955, pág. 143; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 319. Rechazándolo también en este punto, *Rudolphi*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 86 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 82.

⁴² Vid. *Lenckner* H. Mayer-Festschrift págs. 178 ss.; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 54 antes del § 32 (sólo para el ejercicio de las potestades del cargo; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 19 antes del § 32; *Maiwald*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 420 ss. En contra, *SK* (*Samson*) nota preliminar núm. 28 antes del § 32.

causa de justificación⁴³. Desde luego que si la causa de justificación depende de la existencia de un *peligro* (vgr., en el § 34), es suficiente si, desde la perspectiva del hombre medio, ya se contaba con el acaecimiento del daño con una cuidadosa contemplación **ex ante** de la situación⁴⁴. En los casos anteriormente mencionados (§ 31 IV 3) la extensión del examen “concienzudo” también debe determinarse desde esta perspectiva *ex ante*.

V. La suposición errónea de una causa de justificación

A menudo sucede que el autor supone de forma equivocada la existencia de una situación justificante que en realidad no existe en absoluto (por ejemplo, quien cree ser agredido por una persona ebria que gesticula). En estos supuestos quien realiza el tipo actúa, en todo caso, de un modo antijurídico aún cuando no hubiera podido evitar el error⁴⁵. Muy discutidas resultan las consecuencias jurídicas que deben anudarse al **error** sobre la existencia de los **presupuestos de una causa de justificación**; esta cuestión será, no obstante, tratada más adelante (§ 41 IV).

VI. Consecuencias derivadas de las causas de justificación

1. La intervención de una causa de justificación excluye la antijuricidad de la acción típica, o sea, que en realidad esta última **sigue siendo típica pero está permitida**. De esta forma las causas de justificación se diferencian en cuanto a sus efectos del resto de las circunstancias que excluyen la punibilidad⁴⁶.

⁴³ Así, *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 19a antes del § 32. El posicionamiento general sobre un juicio *ex ante* acabaría subjetivizando las causas de justificación en un ámbito donde de lo que se trata es de la existencia de elementos objetivos del tipo; a pesar de ello, vid. *Armin Kaufmann*, *Welzel-Festschrift* pág. 402; *Münzberg*, *Verhalten und Erfolg* págs. 235 ss., 345 ss.

⁴⁴ Vid. *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 34 núms. 27 ss., también con referencias a otras concepciones.

⁴⁵ A favor de la completa exclusión del injusto (y no sólo de la culpabilidad) en tales casos *Zielinski*, *Handlungs- und Erfolgsunwert* pág. 290; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 21 antes del § 32; sin embargo, esta opinión conduce a una subjetivización de las causas de justificación que es incompatible con la Ley.

⁴⁶ En el *extranjero* se lleva claramente a cabo una rigurosa distinción entre las causas de justificación y de exculpación en aquellos Ordenamientos que se encuentran en estrecha conexión con la Dogmática alemana. Esto sucede especialmente con Austria (vid. *Rittler*, Tomo I págs. 131 ss., 235 ss.; *Nowakowski*, *Grundriß* págs. 56, 77; *Triffterer*, *Allg. Teil* págs. 205, 280), Suiza (vid. *Schröder*, *SchwZStr* 76 [1960] págs. 12 ss.; *Schultz Einführung I* pág. 245; *Stratenwerth*, *Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I* págs. 117 ss., 123 ss.), Italia (*Bettioli/Pettoello Mantovani*, *Diritto*

Las causas de exclusión de la culpabilidad (por ejemplo, el estado de necesidad exculpante, § 35) sólo eliminan el reproche dirigido a la formación de la voluntad, pero no la antijuricidad del hecho. Las causas personales de exclusión de la pena (vgr., § 36) y las condiciones objetivas de punibilidad (por ejemplo, la suspensión de pagos y la apertura del procedimiento de ejecución concursal en los casos de los §§ 283 VI, 283b II⁴⁷, 283c III, 284 IV⁴⁸) dejan intactas el injusto y la culpabilidad y afectan sólo a la punibilidad del hecho. Los presupuestos procesales (vgr., la exigencia de querrela del § 248 a) no están relacionados con los elementos materiales de la punibilidad del hecho, sino sólo con la perseguibilidad del mismo.

De la justificación de la acción típica se derivan importantes consecuencias:

penale págs. 353 ss., 571 ss.; *Fiandaca/Musco*, Diritto penale págs. 193, 299; exhaustivamente en relación con las causas de exculpación *Fornasari*, Il principio di inesigibilità págs. 349 ss.; acerca de los elementos subjetivos de justificación *Vasalli*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 438 ss.) y España (vid. *Antón Oneca*, Derecho penal pág. 237; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 495; *Carbonell Mateu*, Justificación págs. 77 ss.; *Perron*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe págs. 175, 178; sobre los elementos subjetivos *Cerezo Mir*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 447 ss.). En Brasil *Fragoso*, Lições pág. 196 diferencia claramente ambas categorías, pero no así el art. 24 C.p. La doctrina holandesa está a punto de desarrollarse completamente; *Pompe*, Handboek págs. 130 ss. niega todavía la diferenciación de las situaciones de necesidad entre causas de justificación y de exculpación; en cambio, *van Bemmelen/von Veen*, Ons strafrecht págs. 173 ss. la lleva a cabo completamente en todas las circunstancias que toma en consideración. Del mismo modo, detalladamente, *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 263 ss. Ciertamente, la distinción entre causas de justificación y de exculpación es también conocida por el Derecho penal francés (vid. *Stefani/Levasseur/Boulloc*, Droit pénal général núms. 326 ss. [faits justificatifs], núms. 362 ss. [causes de non-imputabilité]), pero no se lleva a cabo de una forma clara tal y como lo demuestra el tratamiento del “état de nécessité” (al respecto vid. *Koch*, Zwang und Notstand págs. 72 ss.). Por el contrario, el Derecho belga realiza una nítida distinción; vid. *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 349, 460. En el Derecho inglés aunque en verdad se distingue terminológicamente entre “justification” y “excuse”, la mayoría de las veces se agrupan bajo el concepto procesal de “defences” (vid. *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 722 ss.; *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 204 ss.). Tampoco en Derecho norteamericano se distingue muy claramente entre la falta de antijuricidad y de culpabilidad (vid. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht págs. 142 ss.; *Greenawalt*, The Perplexing Borders págs. 264 ss.); naturalmente que en el Código Penal Modelo se tratan separadamente los “principios generales de la responsabilidad” (art. 2) y los “principios generales de la justificación” (art. 3), lo que a fin de cuentas conduce a la distinción anteriormente apuntada. Una nítida distinción fundamentada de un modo detallado se encuentra en *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo I págs. 83 ss., 91 ss., 100 ss., así como en *Fletcher*, Southern California Law Review 47 (1974) págs. 1280 ss.; *el mismo*, Rethinking Criminal Law págs. 454 ss.; *Corrado*, Journal of Criminal Law and Criminology 82 (1991) pág. 465.

⁴⁷ La remisión debe entenderse realizada al actual § 283 b III (N del T).

⁴⁸ La remisión debe entenderse realizada al actual § 283 d IV (N del T).

Frente a las acciones justificadas está excluida la legítima defensa por faltar la antijuricidad del ataque (BGH NStZ 1994, pág. 185)⁴⁹. Si el hecho principal está justificado tampoco es posible una inducción o complicidad punible, pues una y otra presuponen un hecho *antijurídico* comenzado; sí resulta admisible, no obstante, la autoría mediata (en el supuesto donde el instrumento actúa conforme a Derecho). Finalmente, frente al autor cuyo comportamiento está justificado, tampoco entran en consideración las medidas de seguridad previstas en el § 61 aunque el autor sea un enfermo mental o estuviera completamente ebrio.

2. **Todas** las causas de justificación desarrollan los **mismos efectos**⁵⁰ aunque sólo permitan la acción típica (vgr., la legítima defensa privada) o incluso ésta sea obligatoria (por ejemplo, el auxilio necesario por parte de la policía). En la medida en que un comportamiento realice un tipo penal ya no es jurídicamente neutral y, por ello, puede distinguirse entre acciones “permitidas” y las que “simplemente no están prohibidas”⁵¹.

3. Las causas de justificación sólo permiten intromisiones sobre bienes jurídicos a cuyos titulares se refiere la proposición permisiva como, por ejemplo, los bienes jurídicos del agresor (§ 32), de quien consiente (§ 226 a⁵²), del propietario

⁴⁹ En este sentido se pronuncia la opinión completamente dominante; vid. *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 65 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 104. No resulta admisible la excepción que propone *Günther*, Strafrechtswidrigkeit págs. 383 ss., *el mismo*, Spindel-Festschrift págs. 194 ss. para las “causas que excluyen el injusto penal”.

⁵⁰ Por ello, básicamente las causas de justificación son aplicables conjuntamente. Sólo excepcionalmente puede apreciarse una especialidad con la consecuencia consistente en la no justificación de la acción cuando faltan los presupuestos *especiales* de una causa de justificación (especial), entre los que se incluyen los fácticos, a pesar de que hubieran concurrido por sí mismos los requisitos de otra causa (general) de justificación (así, por ejemplo, § 904 BGB en relación con el § 34 StGB, § 26 BJagdG frente al § 228 StGB); vid., al respecto, *Warda*, Maurach-Festschrift pág. 166; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 46 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núms. 44 ss.; *Seelmann*, Das Verhältnis págs. 19 ss.; *K.-H. Peters*, GA 1981, pág. 445.

⁵¹ Llevan a cabo tales distinciones *Baumgarten*, Notstand und Nothwehr pág. 30; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen pág. 168; *Binding*, Handbuch pág. 765; *Arthur Kaufmann*, Maurach-Festschrift pág. 327. Vid. también las “verdaderas causas de exclusión del injusto penal” en *Günther*, Strafrechtswidrigkeit pág. 259. En contra, con razón, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 260; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) notas preliminares núms. 16 y ss. antes del § 32; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift págs. 103 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 28 (que acertadamente las limita al ámbito del injusto); *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 8 antes del § 32. El Tribunal Constitucional Federal en la sentencia de 28.5.1993 (BVerfGE 88, 203 [255]) ha resuelto que la interrupción del embarazo sin una de las tres indicaciones reconocidas es, a pesar del asesoramiento, antijurídica y no meramente tolerada.

⁵² Actualmente el consentimiento en las lesiones corporales aparece regulado en el § 228 StGB (N del T).

o poseedor de la cosa de quien parte el peligro (§ 228 BGB) o de quien se espera el salvamento en el estado de necesidad (§ 904 BGB). Las **lesiones de intereses de terceros jurídicamente protegidos** son, por el contrario, básicamente **anti-jurídicas** aún cuando tienen lugar como consecuencia de una desviación de la acción permitida (vid. RG 58, 27 y *supra* § 29 V 6c).

Rige una *excepción* para las situaciones de *necesidad* cuando a través de la acción justificada como, verbigracia, el uso de un arma de fuego, son infringidas necesariamente de forma simultánea disposiciones que fundamentalmente están al servicio del orden público en un sentido amplio. Y así, una persona incapaz de conducir podría atravesar con su coche en la carretera (§§ 316, 315b I núm. 2) para evitar un secuestro (OLG Celle NJW 1969, pág. 1775)⁵³ o, en una situación de legítima defensa, también se podría utilizar para la defensa un arma de fuego ilícita que se lleva consigo (BGH NStZ 1986, pág. 357). Por el contrario, no están permitidas ni la falsedad documental (§ 267) para rechazar el ataque de una relación amorosa existente (RG 48, 215 [217]), ni la infracción del secreto postal por parte de un funcionario de correos para defenderse ante sus superiores de denuncias falsas (§ 354⁵⁴) (RG JW 1928, pág. 662). También sigue existiendo la punibilidad conforme al § 227 quien, participando en una riña tumultuaria, mata en legítima defensa a otro de los contendientes de la misma (BGH 39, 305 [307 ss.]).

VII. Atenuación de la pena en las causas de justificación incompletas

1. La antijuricidad material es **graduable** (vid. *supra* § 24 I 3 a). Esto no sólo rige para los tipos de injusto sino también para las causas de justificación. La completa justificación de una acción exige la plena realización del tipo de justificación de acuerdo con sus elementos objetivos y subjetivos. Existen, sin embargo, casos en los que tan sólo concurre parcialmente una causa de justificación⁵⁵.

Ejemplos: El lesionado en realidad ha aprobado el maltrato pero, a pesar del consentimiento, el hecho atenta contra las buenas costumbres (§ 226 a⁵⁶). En el estado de necesidad existe ciertamente una diferencia valorativa entre los bienes en conflicto, pero no puede afirmarse que el interés protegido prevalezca *esencialmente* sobre el lesionado (§ 34 StGB; § 16 OWiG).

⁵³ *Widmaier*, JuS 1970, pág. 614 quiere apoyar la justificación de tales casos sobre el estado de necesidad justificante o la "ponderación general de intereses". Asimismo, *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 66 antes del § 32.

⁵⁴ El § 354 se encuentra en la actualidad derogado. La referencia debe entenderse realizada al § 353 b StGB (N del T).

⁵⁵ En relación con lo que sigue vid. *Noll*, ZStW 68 (1956) págs. 184 ss.

⁵⁶ Vid. nota a pie núm. 52 (N del T).

También entran en consideración otros casos en los que el autor *rebas*a una causa de justificación reconocida, de modo que el hecho si bien no está completamente cubierto por aquélla sí lo está al menos parcialmente. También aquí hay que estimar un menor grado de antijuricidad que allí donde ni siquiera hubiera concurrido la causa de justificación como tal.

Ejemplos: En la legítima defensa el atacado va más allá de la medida de lo que resulta necesario para la defensa (§ 32 II). El padre sobrepasa los límites del derecho de corrección que le corresponde ocasionando al niño una lesión leve.

2. Según el Derecho alemán en todos los casos de antijuricidad disminuida con motivo de la concurrencia parcial de una causa de justificación, sólo es posible realizar una **atenuación de la pena** en el ámbito del marco punitivo habitual. Más justo parece, tal y como sucede en el Derecho suizo en torno a la legítima defensa (art. 33 II 1 schweiz. StGB), atribuir al juez la competencia para atenuar la pena sin vinculación a la naturaleza de la sanción y al marco punitivo previsto en el tipo aplicable⁵⁷.

§ 32 La legítima defensa

Amelung, Das Problem der heimlichen Notwehr usw., GA 1982, pág. 381; *el mismo*, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, pág. 329; *Arzt*, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 77; *Baumann*, Notwehr im Straßenverkehr? NJW 1961, pág. 1745; *el mismo*, Rechtsmißbrauch bei Notwehr, MDR 1962, pág. 349; *Baumgarten*, Notstand und Notwehr, 1911; *Bein*, Zur Angemessenheit einer Notwehrhandlung, NJ 1973, pág. 146; *Bernsmann*, Überlegungen zur tödlichen Notwehr usw., ZStW 104 (1992) pág. 290; *Bertel*, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, ZStW 84 (1972) pág. 1; *Beulke*, Die fehlgeschlagene Notwehr zur Sachwertverteidigung, Jura 1988, pág. 641; *el mismo*, Anmerkung zu BGH JR 1990, pág. 378; *Bitzilekis*, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984; *Bockelmann*, Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 456; *el mismo*, Notwehr gegen verschuldete Angriffe, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 19; *el mismo*, Notrechtsbefugnisse der Polizei, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 235; *Boldt*, Staatsnotwehr und Staatsnotstand, ZStW 56 (1937) pág. 183; *Born*, Die Rechtfertigung der Abwehr vorgetäuschter Angriffe, 1984; *Busse*, Nötigung im Straßenverkehr, 1968; *Choi*, Notwehr und "gesellschaftliche Sitten", 1988; *Constan-*

⁵⁷ Así, *Kern*, ZStW 64 (1952) pág. 267. Vid., además, *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 67 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 22 antes del § 32. En relación con el Derecho suizo *Trechsel*, Art. 33 núm. 16.

tinidis, Die "actio illicita in causa", 1982; *Courakis*, Zur soziaethischen Begründung der Notwehr, 1978; *Deubner*, Anmerkung zu BGH vom 26.2.1969, NJW 1969, pág. 1184; *Dubs*, Notwehr usw., SchwZStr 89 (1973) pág. 337; *Engels*, Der partielle Ausschluß der Notwehr usw., GA 1982, pág. 109; *Felber*, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs usw., 1979; *Fletcher*, Notwehr als Verbrechen, 1993; *Franke*, Die Grenzen der Notwehr im französischen, schweizerischen und österreichischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1976; *Frister*, Zur Einschränkung, des Notwehrrechts im System der Notrechte, GA 1988, pág. 291; *Fuchs*, Probleme der Notwehr, Strafr. Probleme 8, 1980, pág. 1; *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 1985; *Gallas*, Anmerkung zu OLG Stuttgart vom 21.4.1948, DRZ 1949, pág. 43; *el mismo*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Geilen*, Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten, JR 1976 pág. 314; *el mismo*, Notwehr und Notwehrexzeß, Jura 1981 pág. 200, con referencias; *Grosso*, Difesa legittima e stato di necessità, 1964; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Gutmann*, Die Berufung auf das Notwehrrecht als Rechtsmißbrauch?, NJW 1962, pág. 286; *Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978; *Hassener*, Die provozierte Provokation usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 225; *Henkel*, Recht und Individualität, 1958; *el mismo*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Herrmann*, Die Notwehr im amerikanischen Strafrecht, ZStW 93 (1981) pág. 615; *Himmelreich*, Erforderlichkeit der Abwehrhandlung usw., GA 1966, pág. 129; *Hinz*, Die fahrlässige provozierte Notwehrlage usw., JR 1993, pág. 353; *Hirsch*, Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 211; *Hoyer*, Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 1988, pág. 89; *Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *E. Kaufmann*, Notwehr, HRG, Tomo III, 1984, columna 1095; *Kerll*, Das englische Notwehrrecht, Diss. Freiburg 1977; *Koch*, Prinzipientheorie der Notwehreinschränkungen, ZStW 104 (1992) pág. 785; *Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1968; *el mismo*, § 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege, GA 1971, pág. 65; *el mismo*, Das (Rechts-) Gebot zu sozialer Rücksichtnahme usw., JuS 1975, pág. 435; *el mismo*, Der "Angriff" ein Schlüsselbegriff des Notwehrrechts, StV 1987, pág. 224; *Krause*, Zur Problematik der Notwehr, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 71; *el mismo*, Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis, GA 1979, pág. 329; *el mismo*, Notwehr bei Angriffen Schuldloser usw., Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 673; *Krey*, Zur Einschränkung des Notwehrrechts usw., JZ 1979, pág. 702; *Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Bestechungsdelikts, 1974; *el mismo*, "Soziaethische" Einschränkungen der Notwehr Jura 1990, pág. 244; *el mismo*, Die "Notwehrprovokation", Jura 1991, págs. 57, 175; *el mismo*, Angriff und Verteidigung bei der Notwehr, Jura 1993, págs. 57, 118, 233; *el mismo*, Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, pág. 177; *Kunz*, Die organisierte Nothilfe, ZStW 95 (1983) pág. 973; *el mismo*, Die automatisierte Gegenwehr, GA 1984, pág. 539; *el mismo*, Der Umfang der Notwehrbefugnis in vergleichender Betrachtung, Festgabe Schweiz. Juristentag, 1988, pág. 116; *Lagodny*, Notwehr gegen Unterlassen, GA 1991,

300; *Lenckner*, Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff, GA 1961, pág. 299; *el mismo*, "Gebotensein" und "Erforderlichkeit" der Notwehr, GA 1968, pág. 1; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 24, 356, JZ 1973, pág. 253; *Ludwig*, "Gegenwärtiger Angriff" usw., 1991; *Marxen*, Die "sozialethischen" Grenzen der Notwehr, 1979; *Merten*, Zum Streit um den Todesschuß, Festschrift für K. Doehring, 1989, pág. 579; *Mitsch*, Nothilfe gegen provozierte Angriffe, GA 1986, pág. 533; *el mismo*, Rechtfertigung einer Ohrfeige-BayObLG NJW 1991, pág. 2031, JuS 1992, pág. 289; *el mismo*, Anmerkung zu LG München I, NJW 1988, pág. 1860, NStZ 1989, pág. 26; *el mismo*, Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, JA 1989, pág. 79; *Montenbruck*, Thesen zur Notwehr, 1983; *Nagel*, Fememorde und Fememordprozesse in der Weimarer Republik, 1991; *Neumann*, Zurechnung und Vorverschulden, 1985; *el mismo*, Individuelle und überindividuelle Begründung des Notwehrrechts, en: *Lüderssen/Nestler-Tremel/E. Weigend* (eds.), Modernes Strafrecht und ultima ratio-Prinzip, 1990, pág. 219; *Oetker*, Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand, GS 97 (1928) pág. 411; *el mismo*, Notwehr und Notstand, Festgabe für R. Frank, Tomo I, 1930, pág. 360; *Otto*, Rechtsverteidigung und Rechtsmißbrauch im Strafrecht usw., Festschrift für Th. Würtenberger, 1977, pág. 129; *Partsch*, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, en: *Bettermann/Neumann/Nipperdey* (eds.), Die Grundrechte, Tomo I, 1, 1966, pág. 235; *Perron*, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im deutschen und spanischen Strafrecht, 1988; *Puppe*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen, JZ 1989, pág. 728; *Ritter*, Der Volksgenosse als Helfer in Volksnot, GS 115 (1941) pág. 239; *Robinson*, Criminal Law Defenses, Tomo I, II, 1984; *Rogall*, Das Notwehrrecht des Polizeibeamten-BayObLGSt 1991, pág. 141, JuS 1992, pág. 551; *Roxin*, Die provozierte Notwehrlage, ZStW 75 (1963) pág. 541; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.^a ed. 1973; *el mismo*, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971) pág. 369; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 24, 356, NJW 1972, pág. 1821; *el mismo*, Die sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981) pág. 68; *el mismo*, Von welchem Zeitpunkt an ist der Angriff gegenwärtig usw.? Gedächtnisschrift für U. Tjong, 1985, pág. 137; *el mismo*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 457; *Rudolphi*, Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 51; *Schaffstein*, Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952, pág. 132; *el mismo*, Die strafrechtlichen Notrechte des Staates, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 97; *Schmidhäuser*, Über die Wertstruktur der Notwehr, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 185; *el mismo*, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, pág. 97; *el mismo*, Anmerkung zu BayObLG, JZ 1991, pág. 937; *Eb. Schmidt*, Das Problem des übergesetzlichen Notstands, Mitt IKV, Tomo V, 1931, pág. 131; *R. Schmitt*, Tonbänder im Strafprozeß usw., JuS 1967, pág. 19; *Schöneborn*, Zum Leitgedanken der Rechtfertigungseinschränkung bei Notwehrprovokation, NStZ 1981, pág. 201; *Schröder*, Anmerkung zu BGH, JR 1962, pág. 187; *el mismo*, Notwehr bei schuldhaftem Vorverhalten usw., JuS 1973, pág. 157; *Schroeder*, Die Notwehr als Indikator politischer

Grundanschauungen, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 127; *el mismo*, Zur Strafbarkeit der Fluchthilfe usw., JZ 1974, pág. 113; *el mismo*, Anmerkung zu LG München I, JZ 1988, pág. 565; *Schroth*, Notwehr in engen persönlichen Beziehungen, NJW 1984, pág. 2562; *Schünemann*, Der praktische Fall — Strafrecht: Liebhaber und Teilhaber, JuS 1979, pág. 275; *Schumann*, Zum Notwehrrecht und seinen Schranken, JuS 1979, pág. 559; *Seebode*, Gesetzliche Notwehr und staatliches Gewaltmonopol, Festschrift für F.-W. Krause, 1990, pág. 375; *Seelmann*, Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89 (1977) pág. 36; *el mismo*, Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 359; *Seier*, Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW 1987, pág. 2476; *Spendel*, Anmerkung zu BayObLG, JR 1991, pág. 250; *Suppert*, Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen Lage", 1973; *Wagner*, Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung, 1984; *Warda*, Die Eignung der Verteidigung als Rechtfertigungselement bei der Notwehr (§§ 32 StGB, 227 BGB), Jura 1990, págs. 344, 393; *Woessner*, Die Menschenrechtskonvention in der deutschen Strafrechtspraxis, NJW 1961, pág. 1381.

I. Naturaleza jurídica de la legítima defensa

1. La **idea básica de la legítima defensa** se expresa con la siguiente afirmación: **el Derecho no tiene por qué retroceder frente al injusto** (RG 21, 168 [170])¹; este principio, sin embargo, también ha experimentado crecientes restricciones derivadas de la idea de su consideración social. ¿Pero cómo se resuelve la contradicción entre la facultad para la autodefensa y la existencia en el orden social moderno del monopolio estatal de la protección jurídica?

La autorización para la defensa del Derecho frente al injusto como facultad del ciudadano individual puede ser fundamentada de dos formas². *Por un lado*, la legítima defensa puede entenderse *jurídico-individualmente* como el derecho a la autoafirmación que por naturaleza se le atribuye a cualquier individuo, a través de la defensa de la

¹ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Berner*, Lehrbuch, 5.^a ed. 1871, pág. 144, a quien se remonta tal afirmación; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 88; *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núm. 13; *Preisendanz*, § 32 comentario I; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 1 con referencias adicionales; *Wessels*, Allg. Teil núm. 324. Destacando acertadamente que con tal aseveración se alude al injusto existente en un "ataque actual", *Hirsch*, Dreher-Festschrift pág. 223 nota a pie núm. 43.

² En relación con lo que sigue vid. *Mayer*, Lehrbuch págs. 199 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 192; *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núms. 11 ss.; *Geilen*, Jura 1981, pág. 200; *Lenckner*, GA 1961, pág. 309; *Schröder*, JuS 1973, pág. 158; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 428. Acerca del desarrollo histórico *Schroeder*, Maurach-Festschrift págs. 128 ss.; *Suppert*, Studien págs. 43 ss.; *Haas*, Notwehr und Nothilfe págs. 19 ss.; *Krause*, Bruns-Festschrift págs. 71 ss.; *Bitzilekis*, Die neue Tendenz págs. 24 ss.; *E. Kaufmann*, HRG Tomo III, columna 1095.

propia persona frente al ataque antijurídico de otro. En este sentido, en la antigüedad se consideraba a la legítima defensa como un derecho primordial de la persona que no requería de fundamento adicional alguno: *naturalis ratio permittit se defendere*. Limitado a la protección del cuerpo y la vida como bienes jurídicos de mayor rango, este derecho también se encuentra en el Derecho romano tardío: *vim vi repellere licet* (Dig. 43, 16, 1 § 27). Por otro lado, la legítima defensa también puede comprenderse desde una perspectiva *jurídico-social*. De acuerdo con ésta, es el *Ordenamiento* jurídico el que no tiene que ceder ante el injusto. La autodefensa del agredido se muestra simultáneamente como la salvaguardia del orden pacífico general cuando no está presente la ayuda oficial: *deficiente magistratu populus est magistratus*. En este sentido estaba permitido en Derecho germánico la muerte del ladrón sorprendido “in fraganti”. En la CCC ambos pensamientos jurídicos se encuentran todavía desvinculados el uno del otro (arts. 139 y 150). Ya en el Derecho natural de finales del siglo XVIII fue creado un derecho general a la defensa en el que estaban fusionadas la idea de autoafirmación del individuo frente al ataque antijurídico y la de la pérdida del derecho a la convivencia pacífica del agresor surgida a través del contrato social.

2. La facultad de **autoprotección** y la idea de **afirmación del Derecho** también sirven de base a la configuración de la legítima defensa en el Derecho vigente, aunque todavía prevalece la perspectiva jurídico-individual, tal y como corresponde a la tradición liberal del StGB³. El *aspecto jurídico-individual* reside en que la legítima defensa puede ser utilizada para la protección de bienes jurídicos individuales y no para la protección del orden público o del Ordenamiento jurídico mismo. El interés general en la afirmación de este último sólo aparece,

³ En la literatura clásica la idea de autodefensa se encontraba en un primer plano; vid. *Binding*, Handbuch pág. 732; *Baumgarten*, Notstand und Notwehr pág. 102; *Oetker*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 375. De modo creciente, sin embargo, en la doctrina y la jurisprudencia fue acentuándose asimismo la idea de la salvaguardia del Ordenamiento jurídico; vid. BGH 24, 356 (359); BGH MDR 1972, pág. 791; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 2; *LK* (11.^a) (*Spende*1) § 32 núm. 13; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 1; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 201 ss.; *SK* (*Samson*) § 32 núm. 1; *Roxin*, ZStW 75 (1963) pág. 566; *el mismo*, Kriminalpolitik pág. 26; *el mismo*, ZStW 93 (1981) págs. 70 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 15 núms. 1 ss.; *Kühl*, JuS 1993, págs. 178 ss.; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 10 A núm. 4. Situándose sólo sobre la base de la salvaguardia del Ordenamiento jurídico *Schmidhäuser*, Honig-Festschrift pág. 193; *el mismo*, GA 1991, págs. 115 ss.; *el mismo*, Allg. Teil pág. 341, tesis que, no obstante, no llega a alcanzar el significado de la legítima defensa. Acerca de la crítica a esta postura vid. *Roxin*, ZStW 83 (1971) pág. 387; *Hirsch*, Dreher-Festschrift págs. 218 ss. Fundamentan la legítima defensa únicamente desde la perspectiva del principio de protección individual *Constantinidis*, “Die actio illicita in causa” págs. 103 ss.; *Frister*, GA 1988, págs. 299 ss.; *Hoyer*, JuS 1988, pág. 89; *Mitsch*, JA 1989, pág. 84; *Neumann*, Zurechnung págs. 162 ss.; *el mismo*, Notwehrrecht págs. 219 ss.; *Wagner*, Notwehrbegründung págs. 29 ss., 56 ss.; *Fuchs*, Probleme der Notwehr págs. 41 ss., 67 ss.

pues, como un medio para la protección jurídica de la persona. La concepción jurídico-individual de la legítima defensa también hace comprensible la circunstancia de que la proporcionalidad valorativa entre el bien jurídico protegido y el lesionado no desempeñe ningún papel. Lo único importante es aquello que resulta eficaz para el rechazo del ataque antijurídico y no los daños o pérdidas que el agresor debe tolerar. Desde esta visión también se explica la máxima según la cual no le es exigible al agredido una “huida deshonrosa” (RG 16, 69 [72]). Por el contrario, el *aspecto jurídico-social* se muestra en la admisión ilimitada del auxilio necesario (naturalmente, también sólo para la protección de bienes jurídicos individuales), en la restricción de la legítima defensa para el supuesto en el que decae el punto de vista de la afirmación del Ordenamiento jurídico, así como también en las hipótesis de extrema desproporción de los bienes implicados (vid. *infra* § 32 III). De ser posible, también el deber del ejercicio más adecuado del derecho de legítima defensa pertenece a esta relación. A pesar de que el interés general en la defensa del Ordenamiento jurídico también desempeña su rol en la legítima defensa, ésta no tiene el carácter de *pena* para el agresor; de ahí que esta causa de justificación no esté limitada a los ataques culpables⁴.

3. La legítima defensa es una **causa de justificación**. Quien se defiende frente a un ataque antijurídico actual se comporta *conforme a Derecho*. En coincidencia con el § 227 I BGB este cariz se recoge expresamente en el § 32 I. El requisito del “carácter imperioso” de la defensa (“Gebotenheit”) fue acogido por el Derecho anterior (§ 53 I en su redacción antigua), al quererse crear con él un punto de conexión con las restricciones de carácter ético-social del derecho a la legítima defensa (vid. *infra* § 32 III 2)⁵.

II. La estructura del concepto de legítima defensa

La **definición clásica de la legítima defensa** reza del siguiente modo: “legítima defensa es aquella que resulta necesaria para repeler por sí mismo o por

⁴ Así, sin embargo, *Wegner*, Strafrecht pág. 123; *H. Mayer*, Grundriß pág. 99. Con frecuencia, la culpabilidad del ataque también es presupuesta para la legítima defensa sin el momento punitivo: así, *Hruschka*, Strafrecht págs. 141 ss; *Jakobs*, Allg. Teil 12/18; *Frister*, GA 1988, pág. 307; *Bertel*, ZStW 84 (1972) pág. 1; *Krause*, GA 1979, págs. 332 ss.; *Otto*, Würtenerberger-Festschrift págs. 140 ss.; *SK (Samson)* § 32 núm. 15; *Schmidhäuser*, Honig-Festschrift págs. 196 ss., GA 1991, pág. 129 y Allg. Teil págs. 348 ss. En contra se pronuncia la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria; vid. RG 27, 44; BGH 3, 217; BayObLG NJW 1991, pág. 2031; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 10; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 24 con referencias adicionales.

⁵ Sobre ello vid. BT-Drucksache VI/4095 pág. 14; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 44.

un tercero un ataque actual y antijurídico” (§ 32 StGB; § 15 II OWiG; § 227 II BGB).

1. Según ello, la situación de defensa se desencadena a través de una **agresión actual y antijurídica** frente a un bien jurídico susceptible de ser protegido a través de esta causa de justificación. Vamos a pasar en primer lugar a tratar este grupo de elementos.

a) La **agresión** es toda lesión o puesta en peligro que, procedente de una persona⁶, afecta a un interés jurídicamente protegido del autor o de un tercero⁷. A pesar de que el uso común del lenguaje entiende por agresión un comportamiento doloso y activo, sin embargo, jurídicamente, ni uno ni otro son necesarios. La “agresión” no requiere ser dirigida ni de forma intencionada ni tampoco con dolo eventual, sino que basta con que sea imprudente o, incluso, una conducta completamente inculpable y que ni siquiera sea objetivamente contraria a deber, siempre que se muestre como una lesión inminente de un interés jurídicamente protegido⁸. No obstante, el comportamiento del agresor debe poseer como mínimo la *cualidad de acción* (vid. *supra* § 23 VI).

Ejemplos: Quien como cochero del servicio de reparto de leche pone en peligro imprudentemente a otros vehículos, debe tolerar que otra persona responsable del funcionamiento de la lechería intervenga en la conducción del coche de caballos (OGH 1, 273 [274]). También resulta admisible la legítima defensa frente a enfermos mentales, niños y personas que actúan bajo error (BGH 6, 263 [272]; BayObLG NJW 1991, pág.

⁶ Los ataques de animales deben enjuiciarse de acuerdo con el § 228 BGB. En este sentido camina la RG 34, 295 (297) y la doctrina mayoritaria; vid. *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 5; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 8. De otra opinión *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núm. 44 con la doctrina clásica. No obstante, existe un ataque en el sentido del § 32 cuando una persona azuza a un animal contra otra.

⁷ Con razón subraya *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 346, que sólo puede ser considerado como agresión un comportamiento concretamente peligroso, pero no una tentativa inidónea. En este caso falta el interés en la autoprotección.

⁸ Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 295 ss.; *Geilen*, Jura 1981, pág. 256; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 11; *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núm. 63; *Welzel*, Lehrbuch, págs. 85 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 325. Por el contrario, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 21, *Roxin*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 473 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 15 núm. 15; *Hirsch*, Dreher-Festschrift págs. 224 ss.; *Kühl*, Jura 1993, pág. 64; *Felber*, Rechtswidrigkeit des Angriffs págs. 138 ss.; *Schaffstein*, MDR 1952, pág. 132; *Schumann*, JuS 1979, pág. 560, exigen un comportamiento objetivo del agresor que “al menos sea descuidado”; en contra de ello habla la circunstancia de que así la situación queda poco clara para el agredido. Y mucho más rige este argumento frente a quienes como *Hruschka*, Dreher-Festschrift pág. 202 o *Jakobs*, Allg. Teil 12/18 exigen una “conciencia de la antijuricidad”; así como frente a *Ludwig*, “Gegenwärtiger Angriff” págs. 110 ss.; *Hoyer*, JuS 1988, pág. 89 quienes reclaman la culpabilidad del agresor.

2031 con comentario de *Mitsch*, JuS 1992, pág. 289). Por el contrario, frente a los usuales impedimentos y molestias del tráfico viario está excluida la legítima defensa, porque estas situaciones están indefectiblemente unidas a las circunstancias imperantes y no constituyen, pues, ataque alguno (OLG Düsseldorf NJW 1961, pág. 1783; coincidente en cuanto al resultado *Baumann*, NJW 1961, pág. 1745). Existe también un ataque cuando reprochablemente se ejerce violencia en el sentido del § 240 II⁹.

Tampoco es absolutamente necesario un comportamiento activo para el concepto de agresión, puesto que existen casos, que no resultan por lo general fácilmente descriptibles, en los que el mero permanecer inactivo puede ser considerado como agresión. En todo caso, una omisión debe ser considerada como agresión cuando consiste en un deber de intervenir que se encuentra penal o administrativamente sancionado (de otra opinión, OLG Stuttgart NJW 1966, 745 [748]), tal y como sucede en los delitos de omisión propia y en los casos de deber de garante en la evitación del resultado¹⁰.

Ejemplos: El conductor de un vehículo se encuentra por lo general autorizado para defenderse legítimamente si, encontrándose en una vía pública para realizar la maniobra de estacionamiento en una plaza de aparcamiento, se ve impedido de hacerlo por una persona allí situada manteniendo el sitio libre para un vehículo que todavía no había llegado (§ 1 II StVO) (BayObLG NJW 1963, pág. 824; vid. también OLG Hamburg NJW 1968, pág. 662)¹¹. Una agresión contra del derecho al domicilio es también un allanamiento de morada cometido a través de la permanencia no autorizada (§ 123 en su segunda alternativa) (RG 72, 57 [58]), y un ataque a la libertad la no liberación de un preso tras expirar el plazo para ello. Por el contrario, la omisión en el abandono de un domicilio tras la expiración del contrato de alquiler no constituye agresión alguna, pues naturalmente el inquilino permanece como poseedor de la cosa objeto de arrendamiento (RG 19, 298).

Falta la agresión, en tanto que uno de los dos oponentes no desista abiertamente de la lucha o emplee armas peligrosas contrarias a lo pactado, cuando dos personas, para medir sus fuerzas, intervienen en una pelea golpeándose recíprocamente (RG 72, 183; BGH GA 1960, pág. 213; NStZ 1990, pág. 435).

⁹ Vid. más detalladamente sobre la cuestión *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 9 con numerosas referencias.

¹⁰ Se muestran coincidentes *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 9; *Lackner*, § 32 núm. 2; *Geilen*, Jura 1981, pág. 204; *Felber*, Rechtswidrigkeit des Angriffs págs. 195 ss.; *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núms. 46 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 84; *Wessels*, Allg. Teil núm. 326; *Kühl*, Jura 1993, pág. 59; *Lagodny*, GA 1991, págs. 301 ss. Mostrándose críticos al respecto *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 89; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núms. 10 ss. Discrepando en cuanto a los delitos de omisión propia *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 418.

¹¹ Más "casos de aparcamientos libres" en *Busse*, Nötigung im Straßenverkehr págs. 43, 124 ss.

b) **Todo interés jurídicamente protegido** del agredido es susceptible de legítima defensa; no sólo el cuerpo y la vida (sin embargo, de acuerdo con la BVerfGE 88, 203 [279], está excluido el auxilio necesario a favor de la vida del no nacido en un aborto ilegal que se practica tras el asesoramiento), sino también la libertad y el honor (RG 21, 168 [170], el último incluso frente a un militar de grado superior, RG 69, 265 [268]), la propiedad y la posesión (incluso la ilegítima, RG 60, 273 [278]), el derecho de caza (RG 55, 167), el derecho a la propia imagen (OLG Hamburg MDR 1972, pág. 622; OLG Karlsruhe NStZ 1982, pág. 123), el derecho al domicilio (BGH GA 1956, pág. 49; BGH StV 1982, pág. 219), el patrimonio, relaciones familiares (RG 48, 215)¹², la facultad para el disfrute de cosas de dominio público o común (BayObLG NJW 1963, pág. 824) y, finalmente, incluso la esfera íntima¹³.

Ejemplo: La observación impertinente de una pareja de amantes puede ser una agresión antijurídica a la esfera íntima, pero ello no sucede cuando se trata de un parque público pues en éste nadie tiene la pretensión a la protección de su esfera íntima (BayObLG NJW 1962, pág. 1782).

Son susceptibles de tutela a través de la legítima defensa los **bienes jurídicos del Estado** o de otras personas jurídicas de Derecho público, siempre que se trate de bienes jurídicos individuales. De este modo, la propiedad pública puede ser defendida por cualquiera frente a un hurto o unos daños (por ejemplo, frente a un espía que se dispone a sustraer un artefacto moderno del ejército o a dañarlo). También los bienes jurídicos colectivos son susceptibles de amparo por la legítima defensa cuando la agresión afecta inmediatamente a un individuo. Y así, todo espectador visual puede defenderse frente a acciones exhibicionistas pues el § 183 también tutela el pudor del individuo. Por el contrario, la defensa frente a los ataques dirigidos al orden público o al Ordenamiento jurídico no compete a los concretos ciudadanos, sino tan sólo al Estado y sus órganos (BGH 5, 245

¹² Limitado al matrimonio, cuando la infracción tiene lugar de acuerdo con la voluntad del otro cónyuge; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 5 a; asimismo, OLG Köln NJW 1975, pág. 2344.

¹³ Según *Schroeder* JZ 1974, pág. 114, también la libertad de circulación de los ciudadanos de la RDA era un bien jurídico susceptible de ser protegido a través de la legítima defensa, pues es uno de los supuestos en los que para la aplicación del Derecho propio debe ser tenido en cuenta el Ordenamiento jurídico extraño (vid. *supra* § 18 I 1), y precisamente aquél no reconocía la libertad de circulación (por cierto, con infracción de lo previsto en el art. 12 II del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 19.12.1966, BGBl. 1973 II pág. 1534). Al respecto vid. OLG Düsseldorf NJW 1985, pág. 1093. También debe rechazarse la estratificación de la legítima defensa en “núcleo central y periferia”, tal y como propone *Montenbruck*, Thesen págs. 12 ss.

[247]; BGH VRS 40, 104 [107]; BGH NJW 1975, pág. 1162; OLG Düsseldorf NJW 1961, pág. 1783; OLG Stuttgart NJW 1966, pág. 745 [748]]¹⁴. Ningún particular podría por cuenta propia retirar un escrito pornográfico de la vitrina de un quiosco (§ 184 I núm. 3) o cooperar en una intervención policial frente a grupos que oponen resistencia (§ 113), en la medida en que no deba ser prestado un auxilio necesario a un agente concreto que corra peligro (no obstante, vid. también el § 114 II y la RG 25, 253). Los supuestos de protección del orden público por ciudadanos particulares han de distinguirse de la *legítima defensa estatal*. En esta última se trata de la protección de los valores más importantes del Estado mismo. La legítima defensa estatal está por tanto justificada cuando el Estado se encuentra amenazado de un modo inmediato. A pesar de todo, esta teoría conduce a consecuencias insostenibles¹⁵.

Ejemplos: De este modo, en un caso de “asesinato político”, el Tribunal Imperial alemán ha reconocido básicamente que frente a los delitos de traición cabe admitir como causa de justificación la legítima defensa estatal desarrollada por personas determinadas (RG 63, 215 [220]; la cuestión quedó abierta en la RG 64, 101 [103] y en el caso “Kapp-Putsch” resuelto por la RG 65, 259 [286]). Esta visión es rechazable pues la lucha política tanto en el interior como frente al extranjero no puede ser resuelta por medio de actos de violencia de personas particulares según los puntos de vista de la legítima defensa¹⁶.

En su caso, para la justificación del empleo de la violencia por los particulares en la defensa de los bienes jurídicos más importantes del Estado, puede recurrirse al *estado de necesidad justificante* (vid. *infra* § 33 IV) que, junto a la situación del interés, también tiene en cuenta la clase y dimensión del peligro, así como la ade-

¹⁴ De acuerdo con la doctrina mayoritaria; vid. *Arzt*, Schaffestein-Festschrift págs. 84 ss. (con comentarios críticos a la debilidad de los órganos públicos); *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 89; *Blei*, Allg. Teil pág. 159; *Jakobs*, Allg. Teil 12/9 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 6; *Lackner*, § 32 núm. 3; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 35; *Kühl*, Jura 1993, pág. 61; *SK (Samson)* § 32 núm. 9; *Wessels*, Allg. Teil núm. 332; extensamente *Schroeder*, Maurach-Festschrift pág. 141; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 7; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 12 y, especialmente, *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núms. 153 ss.

¹⁵ Mostrando también su rechazo, *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 182 ss.; vid., además, *Oetker*, GS 97 (1928) págs. 424 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 158. A favor de la legítima defensa estatal, aunque con restricciones, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 341 ss.; *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núm. 161; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 54; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 419; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núms. 6 ss.

¹⁶ Acerca del “asesinato político” en los años 1920-23 y su tratamiento por la Justicia *Nagel*, Fememorde und Fememordprozesse in der Weimarer Republik, 1991. A la legítima defensa estatal también recurría la Ley de 3.7.1934 (RGBl. I pág. 529), que declaró “adecuados a Derecho” los asesinatos relacionados con el denominado “golpe de Estado de Röhm”.

cuación de la acción defensiva; de esta forma, puede ser adaptado mucho mejor a la situación que la legítima defensa¹⁷. De acuerdo con ello, una acción particular defensiva sólo estaría autorizada cuando el Estado no puede defenderse a tiempo por medio de sus propios órganos, cuando el peligro es actual o inmediato, y cuando no existe ninguna otra salida para eludir un grave e irreparable daño para el bien común (vgr., un particular evita con violencia que cruce la frontera un traidor que huye llevándose consigo secretos de Estado). El legislador ha regulado positivamente un fragmento del estado de necesidad estatal. Frente a las agresiones dirigidas contra los principios básicos recogidos en los arts. 20 I-III GG, puede oponerse por parte del ciudadano del Estado el *derecho* subsidiario a la *resistencia* reconocido en el art. 20 IV GG (vid. *infra* § 35 IV 4).

c) Además, la agresión debe ser **antijurídica**, sin que necesite por ello que deba ser punible. *Antijurídico* es todo ataque que objetivamente infringe el Ordenamiento jurídico. Para ello, basta con la inminencia del acaecimiento del injusto de *resultado* (vid. *supra* § 24 III 1). No es necesaria una actuación dolosa o ni tan siquiera imprudente por parte del agresor (vid. *supra* § 32 nota a pie núm. 8). Por consiguiente, la defensa también es admisible frente al ataque de personas ebrias (BGH 3, 217 [218]), enfermos mentales (RG 27, 44 [45]), niños, así como frente a quienes actúan por error (OGH 1, 273 [274]; BayObLG NJW 1991, pág. 2031). Incluso es admisible legítima defensa o, en su caso, auxilio necesario, frente a una lesión inminente que procede de una acción que no es ni siquiera descuidada; así sucede cuando el conductor de un vehículo al dar marcha atrás amenaza con atropellar a un niño que jugaba y al cual no podía ver¹⁸. En los casos anteriormente mencionados los resultados inadecuados son evitados negando el interés en la reafirmación del Derecho y, de acuerdo con ello, admitir sólo la autodefensa cuando el agredido no puede evitarlo (vid. *infra* § 32 III a). No es antijurídica la agresión que por su parte es autorizada como un “ataque” admisible por las normas jurídicas. También aquí rige el principio de la unidad

¹⁷ Aceptan una causa de justificación política similar al estado de necesidad Eb., Schmidt, Mitt IKV 1931, págs. 156 ss.; Boldt, ZStW 56 (1937) págs. 200 ss.; Ritter, GS 115 (1941) págs. 242 ss.; Welzel, Lehrbuch pág. 88. En contra, con razón, del estado de necesidad justificante en beneficio del derecho de autodeterminación de los tirolenses del sur BGH NJW 1966, pág. 310 (págs. 311 ss.).

¹⁸ De acuerdo Baumann/Weber, Allg. Teil págs. 297 ss.; Bockelmann/Volk, Allg. Teil pág. 90 (con un ejemplo didáctico); LK (11.ª) (Spendel) § 32 núm. 62; Gallas, Bockelmann-Festschrift págs. 163 ss. nota a pie núm. 21. Por el contrario, la tesis mayoritaria exige no sólo un injusto de resultado sino también de acción que, como mínimo, sea un comportamiento objetivamente contrario al deber de cuidado; vid., además, *supra* § 32 nota a pie núm. 8.

del Ordenamiento jurídico. Por ello, es antijurídica la respuesta violenta frente a la legítima defensa, frente a una actuación amparada por el estado de necesidad civil (§ 904 BGB), frente al derecho de corrección de los padres, frente a una detención preventiva llevada a cabo tras el examen conforme a deber (§ 127 II StPO) incluso aunque verdaderamente afecte a un inocente (RG 72, 305 [311]), frente a un funcionario de policía que fotografía lícitamente una manifestación (BGH JZ 1978, pág. 762), frente al órgano judicial ejecutivo que equivocadamente actúa contra el embargado que no es culpable (RG 61, 297 [299]), frente a una expresión lesiva del honor amparada por la preservación de legítimos intereses (§ 193) o, finalmente, frente a actos de confiscación de una potencia ocupante que actúa de acuerdo con el Derecho internacional.

Ejemplo: El mesonero no puede actuar en legítima defensa frente a un cliente que utiliza su mobiliario para defenderse de los actos de violencia de otro, pues dicho cliente actúa conforme a Derecho según el § 904 BGB (RG 23, 116).

d) Finalmente, la agresión debe ser **actual**. Tal elemento concurre cuando el ataque es inminente, está teniendo lugar en ese momento o cuando todavía persiste (BGH 27, 336 [339])¹⁹. La situación de legítima defensa comienza tan pronto como existe un peligro amenazador de carácter inmediato por medio de la agresión dirigida al interés protegido (RG 61, 216 [217]). Si éste es el caso, eso es algo que depende sobre todo de los medios que están a disposición del agresor, especialmente de las armas que están a su alcance (RG 67, 337 [339]; BGH 25, 229; BGH NJW 1973, pág. 255). Para ello lo que resulta decisivo es el pronóstico *objetivo* de un espectador experimentado colocado en la situación del agredido y no la representación subjetiva de éste. La mera intención de agredir que no ha sido accionada externamente no constituye todavía ataque alguno (BayObLG NJW 1985, pág. 2600).

Ejemplos: El guarda forestal puede disparar al cazador furtivo que, a pesar del requerimiento para que tire el arma, huye *con* ella (RG 53, 132 [133]). Sin embargo, se presupone que el furtivo tenía la intención de devolver el disparo y no meramente de querer dejar a salvo el arma. Por el contrario, ningún miembro de una manifestación política que tiene lugar bajo protección policial puede llevar un cuchillo abierto pues, a pesar del peligro genérico de actividades violentas, hay que negar la existencia de un

¹⁹ Vid. *Roxin*, Tjong-Gedächtnisschrift pág. 143 ("comienzo inmediato del ataque"); de modo similar, *Jakobs*, Allg. Teil 12/23; *Kratzsch*, StV 1987, pág. 228; *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núm. 115. Por el contrario, no importa el momento en el que empeoran las oportunidades de defensa; así, sin embargo, *SK* (*Samson*) § 32 núm. 10; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 347; *Kühl*, Allg. Teil § 7 núm. 41.

ataque inminente contra él (RG 65, 159). Falta asimismo una agresión actual cuando el intruso desarmado que se introduce en el dormitorio de matrimonio y que huye a causa de los gritos, aunque pueda existir un riesgo cercano de que otra noche aparezca nuevamente (BGH NJW 1979, pág. 2053).

En los delitos permanentes (como por ejemplo las detenciones ilegales o la entrada en domicilio) la agresión sigue siendo actual en tanto que se prolongue la situación antijurídica²⁰. Permanente es también un ataque cuando, aunque en verdad la lesión del interés protegido ya ha tenido lugar, sin embargo en conexión inmediata con aquél puede ser desplegada enseguida una acción de sentido contrario que lo anule total o parcialmente.

Ejemplo: Cuando, tras la exclamación del propietario, el ladrón de fruta huye llevándose consigo el botín, su agresión es todavía actual a pesar de que la sustracción ya está consumada (RG 55, 82 [84 ss.])²¹.

El requisito de la actualidad de la agresión no excluye la defensa a través de *perros guardianes, instrumentos de disparo automáticos, cepos o cebos envenenados*, pues la respuesta sólo se produce en el instante en el que la agresión tiene lugar²². No obstante, los peligros anudados a tales procedimientos preventivos van en perjuicio de quien se defiende de este modo.

Resultan rechazables la admisión de una “*legítima defensa preventiva*” y la estimación de una “situación similar a la legítima defensa” por parte de la jurisprudencia como, por ejemplo, la grabación magnetofónica secreta destinadas a evitar futuras extorsiones y otros ataques (BGHZ 27, 284 [286 ss.]; BGH 14, 358 [361]; 19, 325 [332]; BGH NStZ 1982, pág. 254; OLG Celle NJW 1965, pág. 1677 [1679]; OLG Frankfurt NJW 1967, pág. 1047; KG JR 1981, 254)²³. En verdad, se trata de supuestos del estado de necesidad del § 34 que tienen que cumplir los requisitos (más rigurosos) establecidos en el precepto señalado.

²⁰ Vid. *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 10; *Kühl*, Die Beendigung págs. 151 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 27; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 115; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 15.

²¹ Subrayan con razón que en la actualidad, a causa de la desproporción extrema de los bienes jurídicos, habría que negar la legítima defensa *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 94.

²² Muestra su conformidad tras un riguroso examen de su necesidad *Kunz*, GA 1984, págs. 539 ss.; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 114.

²³ La doctrina científica coincide parcialmente con esta jurisprudencia; por ejemplo, *Suppert*, Studien págs. 356 ss.; *R. Schmitt*, JuS 1967, pág. 19; *SK* (*Samson*) § 32 núm. 10; *Welzel*, Lehrbuch pág. 87; *Amelung*, GA 1982, págs. 381 ss. En el mismo sentido que aquí, sin embargo, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 17; *Geilen*, Jura 1981, pág. 210; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núms. 127 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 421. A favor del reconocimiento de una “situación similar al estado de necesidad” *Günther*, Strafrechtswidrigkeit págs. 337 ss.

2. Frente a una agresión actual y antijurídica la **defensa necesaria** está permitida.

a) La acción defensiva debe responder a una **voluntad de defensa** (vid. *supra* § 31 IV 1). Otros motivos como el odio, la indignación o la venganza también pueden estar presentes sólo si concurre tal voluntad de defenderse (RG 54, 196 [199]; BGH 3, 194 [198]; 5, 245 [247]; *Dallinger* MDR 1972, pág. 16). Sin embargo, este elemento anímico falta en una riña cuando la voluntad de ataque y de defensa se transmutan recíprocamente (OLG Saarbrücken VRS 42, 419).

b) Asimismo, la acción defensiva sólo está justificada cuando resulta **necesaria** para repeler el ataque. Aquella debe ser, pues, *idónea* para la defensa²⁴ y, además, constituir el *medio menos perjudicial* para la persona del agresor. La necesidad depende del conjunto de circunstancias bajo las cuales tienen lugar la agresión y la defensa, especialmente de la intensidad del ataque, de la peligrosidad del agresor y su actuación, así como de los medios disponibles para la defensa (RG 72, 57 [58]). La necesidad debe valorarse desde una perspectiva *objetiva ex ante*, esto es, tal y como habría valorado las circunstancias el hombre medio colocado en la situación del agredido (BGH NJW 1969, pág. 802) (vid. *supra* § 31 IV 4)²⁵. El agredido no tiene por qué limitarse a la mera defensa sino que puede pasar al contraataque (defensa ofensiva) si ello resulta necesario para repeler eficazmente la agresión (RG 16, 69 [71]). En principio, con el examen de la necesidad *no* tiene lugar una ponderación de la proporcionalidad de los bienes jurídicos implicados (RG 55, 82 [85 ss.]; BGH GA 1969, pág. 23; BGH VRS 30, 281; BGH NStZ 1982, pág. 219). Bajo ciertas circunstancias puede ser por tanto “necesario” matar al agresor que quiere robar la cartera si no existe otra posibilidad de defensa menos lesiva (acerca de la cuestión relativa a la aplicabilidad del art. 2 II a de la MRK vid. *infra* 32 V) (en relación con la desproporcionalidad de los bienes en juego vid. *infra* § 32 V). Si las consecuencias derivadas de la adecuada acción defensiva fueran más allá de lo necesario para repeler el ataque, también el resultado más gravemente acaecido puede quedar cubierto por la legítima defensa pues lo importante es sólo la necesidad de la *acción* defensiva (BGH 27, 313; BGH NStZ 1988, pág. 409). Sin embargo, existe la posibilidad de que quien se defiende sea

²⁴ Al respecto, detalladamente, *Warda*, Jura 1990, págs. 344 ss.

²⁵ Asimismo, *Bockelmann*, *Dreher-Festschrift* pág. 247; *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núm. 219; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 34. Acerca de las armas simuladas *Born*, *Vorgetäuschte Angriffe* págs. 150 ss. La muerte del agresor sólo es admitida por *Bernsmann*, *ZStW* 104 (1992), pág. 326 en caso de peligro para la vida.

castigado por un comportamiento imprudente frente al atacante si aquél hubiera podido evitar el daño innecesario.

Ejemplo: El agredido se defiende dando un golpe con un casco de bomberos a un agresor de similar corpulencia, mediante el cual ocasiona a éste una importante lesión auditiva (§ 224²⁶) (OLG Braunschweig NJW 1953, pág. 997). Acerca de la aberratio ictus con ocasión de la defensa LG München I NJW 1988, pág. 1860 (1862) con comentario de *Mitsch*, NStZ 1989, pág. 26 y *Puppe*, JZ 1989, pág. 728.

c) Pero tampoco la acción defensiva debe ir más allá de lo que resulte necesario para repeler eficazmente la agresión. Dado que la legítima defensa no es una acción punible sino que tan sólo sirve a la protección del interés amenazado frente al ataque antijurídico, rige el **principio de la menor lesividad para el agresor**. De ahí que quien se defiende deba escoger de entre todos los medios eficaces de defensa que están a su disposición, aquél que resulte menos dañino y peligroso. No obstante, esto no significa que el agredido deba retroceder o eludir la agresión²⁷. Precisamente la legítima defensa garantiza el derecho a *defenderse* frente a la agresión antijurídica. La defensa también puede ser tan intensa como para esperar de ella la rápida y completa eliminación del peligro; de ahí que el agredido no necesite embarcarse en tímidos intentos de defensa pero que por sí mismos resultan arriesgados (BGH 24, 356 [358]). También puede emplear un arma de fuego frente a un agresor desarmado pero decidido al empleo brutal de la violencia (BGH StV 1986, pág. 15).

Ejemplos: No puede exigirse que el agredido, en una situación extraordinariamente peligrosa, se dirija a los pies del agresor en vez de al tronco del mismo, pues de lo contrario la defensa frente a un atacante superior no sería segura (BGH GA 1965, pág. 147). Sin embargo, el agredido debe valerse del apoyo de terceros que sean capaces y estén dispuestos para la defensa (RG 66, 244 [245]; 71, 133 [134]). Llegado el caso, debe requerir enseguida el auxilio policial disponible para hacer valer su derecho a excluir la presencia de terceros en su domicilio (RG 72, 57 [59]; BGH VRS 30, 281). En caso de auxilio necesario, la policía puede valerse del derecho reconocido en el § 32 (BayObLG JZ 1991, pág. 936, con comentario aprobatorio de *Schmidhäuser* y anotación de *Spendel*, JR 1991, pág. 250)²⁸. A pesar de todo, el disparo a matar sólo es admisible cuando para

²⁶ La remisión debe entenderse realizada al actual § 226 I núm. 1 (N del T).

²⁷ En este sentido se pronuncia la concepción dominante; vid. RG 55, 82 (83); 71, 133 (134); BGH 26, 256; BGH JR 1990, pág. 378 con comentario coincidente de *Beulke*; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 32 núm. 16d; *Lackner*, § 32 núm. 9; *Kühl*, Jura 1993, pág. 118; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 41; *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núm. 239; *Wessels*, Allg. Teil pág. 335; *Welzel*, Lehrbuch pág. 86.

²⁸ Vid. *Bockelmann*, Engisch-Festschrift pág. 467; *el mismo*, Dreher-Festschrift pág. 247;

la protección del bien jurídico amenazado no baste dejar fuera de combate al agresor (hipótesis de terrorismo y toma de rehenes) (vid. *infra* § 35 I 1 nota a pie núm. 1)²⁹.

III. Restricciones al derecho de defensa

1. De acuerdo con los requisitos expuestos *supra* § 32 II 2, el derecho a la legítima defensa sólo se encuentra limitado por la medida de la necesidad. Ello supone colocar en manos del agredido un arma explosiva que puede conducir a una escalada de los enfrentamientos. De ahí que la teoría y la jurisprudencia hayan desarrollado crecientes y numerosas **restricciones** al ejercicio del derecho a la legítima defensa derivadas del sentido y finalidad del mismo³⁰. Con este desarrollo *no* se da una infracción del art. 103 II GG, a pesar de que conforme a la naturaleza de la delimitación del derecho a la legítima defensa tiene lugar una ampliación de la punibilidad de acuerdo con el resto de las disposiciones penales que de este modo pueden prevalecer frente a tal derecho como proposición permisiva. Lo decisivo es que las limitaciones que actualmente se llevan a cabo en la legítima defensa, se deriven del sentido del § 32 y sean compatibles con su tenor literal (interpretación restrictiva) (vid. *supra* § 31 III 3)³¹.

Ejemplos: La renuncia transitoria al derecho a la inviolabilidad del domicilio sería exigible si el autor, al entrar en el suyo, excita nuevamente al agresor imprevisible del que, posiblemente, sólo puede defenderse infiriéndole lesiones mortales (BGH NJW 1962, pág. 308)³². En el enfrentamiento con un camorrista en un restaurante le sería exigible al agredido valerse del auxilio de su de su dueño para evitar una riña tumultuaria (RG 71, 133 [134]). Frente al ataque del marido, a la mujer sólo le debe estar permitida la elec-

LK (Spendel) § 32 núms. 263 ss. con numerosas referencias; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 42a; *Schaffstein*, *Schröder-Gedächtnisschrift* págs. 111 ss.; *Seelmann*, *Klug-Festschrift* Tomo II págs. 359 ss.; *Seebode*, *Krause-Festschrift* págs. 390 ss.; *Roxin*, *Allg. Teil I* § 15 núms. 93 ss.; *Rogall*, *JuS* 1992, pág. 559. Disienten *Amelung*, *JuS* 1986, pág. 332 con referencias a la literatura de Derecho público; *SK (Samson)* § 32 núm. 35; *Jakobs*, *Allg. Teil* 12/41 ss.

²⁹ *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 26 núm. 34; *Merten*, *Doehring-Festschrift* pág. 604.

³⁰ Sobre ello vid. *Courakis*, *Zur sozioethischen Begründung der Notwehr*, 1978; *Marxen*, *Die "sozioethischen" Grenzen der Notwehr*, 1979; *Roxin*, *ZStW* 93 (1981) págs. 68 ss.; *Bitzilekis*, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984. En relación con las "costumbres sociales" como causa de justificación en Derecho coreano *Choi*, *Notwehr* págs. 138 ss. Desarrollando los principios de la restricción a la legítima defensa *Koch*, *ZStW* 104 (1992) págs. 785 ss. Elabora los grupos de casos *Kühl*, *Jura* 1990, págs. 249 ss.

³¹ Vid. *Lenckner*, *GA* 1968, pág. 9; *Stree*, en: *Roxin* y otros, *Einführung* pág. 36 en contra de *Kratzsch*, *GA* 1971, págs. 75 ss.

³² Disienten *Schröder*, *JR* 1962, pág. 186; *Gutmann*, *NJW* 1962, pág. 286. De otra opinión actualmente *BGH JR* 1984, pág. 205 con comentario de *Lenckner*.

ción por un medio de defensa posiblemente mortal si aquél atenta contra su vida (BGH NJW 1969, pág. 802 con comentario disidente de *Deubner*, NJW 1969, pág. 1184; BGH NJW 1975, pág. 62 con comentario de *Kratzsch*, JuS 1975, pág. 435; dejando la cuestión abierta BGH NJW 1984, pág. 986)³³.

2. La Comisión Especial del Parlamento Federal para la Reforma Penal quiso crear un punto de conexión con las limitaciones ético-sociales de la legítima defensa, a través del mantenimiento de la fórmula de que el hecho ejecutado en legítima defensa debía aparecer con un carácter “imperioso” (vid. *supra* § 32 I 3)³⁴. Sin embargo, la apelación a esta cláusula resulta equivocada pues, por un lado, contiene simplemente un principio regulativo sin criterios más detallados³⁵ y, por otro, de la evolución legislativa se infiere que “necesidad” e “imperiosidad” significan lo mismo³⁶. También las **cláusulas generales** que por lo demás utiliza el resto de la doctrina no afectan al núcleo de la cuestión y sólo colaboran a convertir en más insegura la delimitación del derecho a la legítima defensa. Lo afirmado es válido para las consideraciones relativas a la exigibilidad (“Zumutbarkeit”) ³⁷, el principio de adecuación³⁸, la idea de responsabilidad social³⁹, el principio de proporcionalidad⁴⁰ y la prohibición del abuso del Derecho⁴¹.

3. Las restricciones del derecho a la legítima defensa no pueden estructurarse formalmente sobre cláusulas generales que menoscaban la seguridad jurídica, sino que deben ser puestas en relación con los **principios básicos** constitutivos y limitadores de tal derecho⁴². Una parte de los casos reconocidos por la doctrina y

³³ Crítico al respecto, *Engels*, GA 1982, págs. 124 ss.; *Schroth*, NJW 1984, pág. 2504; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núms. 82 ss.

³⁴ BT-Drucksache V/4095 pág. 14. En ello se apoyan, por ejemplo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 303; *Dreher/Trändle*, § 32 núm. 12; *Geilen*, Jura 1981, pág. 370; *Himmelreich*, GA 1966, pág. 129; *Lackner*, § 32 núm. 13.

³⁵ Así, con razón, *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núm. 256; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 29; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 44; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung págs. 35 ss.

³⁶ Vid. *Bockelmann*, Honig-Festschrift pág. 24.

³⁷ Así, RG 66, 244; BGH *Dallinger* MDR 1958, pág. 12; *Henkel*, Mezger-Festschrift pág. 272; *el mismo*, Recht und Individualität pág. 67; *Himmelreich*, GA 1966, pág. 130; *Busse*, Nötigung im Straßenverkehr pág. 133.

³⁸ Así, E 1925 § 21 II; BGH NJW 1969, pág. 802; BayObLG NJW 1963, pág. 825.

³⁹ Así, *Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit págs. 175 ss.

⁴⁰ Así, *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 10 A núms. 45 ss.; *Schroeder*, Maurach-Festschrift pág. 137.

⁴¹ Así, BGH 24, 356 (359); 26, 143 (146); BGH NJW 1962, pág. 308; *Schröder*, JuS 1973, pág. 153; *Roxin*, NJW 1972, pág. 1821.

⁴² Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 149; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 94; *Felber*, Rechtswidrigkeit

la jurisprudencia se explican por la falta del interés en la afirmación del Derecho, y la otra descansa sobre la reducción extrema del interés en la autoprotección en relación con la puesta en peligro del agresor.

a) No se requiere **ninguna afirmación del Ordenamiento jurídico** frente a *niños, jóvenes inmaduros, personas ebrias, enfermos mentales, personas que actúan por error, imprudencia o estado de necesidad exculpante* (§ 35), pues básicamente no es cuestionada (o al menos, no esencialmente) su validez por medio del ataque. De ahí que en estos casos el fundamento del derecho a la legítima defensa reside sólo en la facultad de autoprotección. Esto significa que el agredido debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos y que la lesión al agresor sólo debe producirse cuando no pueda eludirse sin renunciar al interés protegido⁴³.

Ejemplos: Frente a afirmaciones injuriosas en una taberna por parte de un individuo embriagado hay que limitarse a una contestación verbal eludiendo el enfrentamiento (BGH 3, 217); no obstante, la consideración hacia personas ebrias no es ilimitada (BGH GA 1956, pág. 49; österr. OGH JBl 1973, pág. 273), ni tampoco frente a niños que cometen graves delitos; vid. los casos expuestos en *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núm. 309. El propietario de una finca no puede actuar con perros y armas de fuego contra paseantes que utilizan un camino particular bajo la creencia errónea de que se trataba de lugares de tránsito público (BayObLG MDR 1965, pág. 65). El agredido, que era controlado por un vigilante de la empresa, debe renunciar a su derecho a la legítima defensa cuando fue él mismo quien le condujo al error de estar actuando ilegalmente (OLG Hamm NJW 1977, pág. 590 [592]). El dueño de un vehículo a motor no puede arrollar al propietario de un taller de reparación que, amparándose erróneamente en la existencia de un derecho de prenda en favor de la empresa, intenta impedir la marcha del vehículo (AG Bensberg NJW 1966, pág. 733). Si quien va a proceder a una detención se equivoca acerca de las circunstancias fácticas y el afectado se da cuenta de ello, su derecho a la legítima defensa está limitado a una aclaración lo más inmediata posible (BayObLG MDR 1986, pág. 956).

La idea de la reducción esencial del interés en la salvaguardia del Ordenamiento jurídico también reside en la restricción de la legítima defensa frente a *personas con las que se posee una estrecha relación*. El deber de atención y preserva-

des Angriffs pág. 168; Otto, *Würtenberger-Festschrift* pág. 138; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 47; *Wagner*, *Notwehrbegründung* pág. 45.

⁴³ En este sentido se pronuncia la doctrina dominante; vid. *Blei*, *Allg. Teil* pág. 146; *Bockelmann/Volk*, *Allg. Teil* pág. 93; *Krause*, *Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift* págs. 673 ss.; *LK* (11.^a) (*Spendel*) § 32 núms. 235 ss. y restrictivo en núm. 309; *Wessels*, *Allg. Teil* núm. 344; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 52; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 26 núm. 38; *Roxin*, *Kriminalpolitik* pág. 28; *Stratenwerth*, *Allg. Teil I* núm. 435. *Hruschka*, *Dreher-Festschrift* pág. 206 y *Hirsch*, *Dreher-Festschrift* págs. 228 ss. quieren aplicar a estos supuestos el estado de necesidad defensivo del § 228 BGB (vid. *infra* § 33 II).

ción frente a posibles daños que pueda sufrir la otra parte se encuentra aquí en un primer plano tan poderoso, que el agredido no puede recurrir a un medio de defensa posiblemente mortal si, por su parte, tan sólo ha temido sufrir una lesión corporal leve (BGH NJW 1969, 802; GA 1969, 117; NJW 1975, 62; NJW 1984, 986 acerca de las relaciones entre cónyuges; BGH *Dallinger* MDR 1958, 13; OLG Stuttgart NJW 1950, 119 en relación con los empleados de una empresa)⁴⁴.

El punto de vista relativo a la salvaguardia del Ordenamiento jurídico también hay que negarlo cuando el autor ha provocado intencionadamente el ataque, para poder así lesionar al agresor impunemente al amparo de la legítima defensa (*provocación intencionada*). En este caso se excluye mayoritariamente una justificación por medio de la legítima defensa⁴⁵. Lo correcto es, sin embargo, no negarle completamente al provocador el derecho a la legítima defensa sino tan sólo exigirle que omita la agresión incluso a costa de una lesión corporal leve⁴⁶. Si es imposible su elusión entonces el provocador también puede ejercitar la legítima defensa, porque el Derecho no puede colocarlo en una situación sin salida en la que tenga que elegir entre la renuncia a su integridad corporal y a su vida sin defensa alguna o tener que sufrir la imposición de una pena (BGH NStZ 1989, pág. 113; 1993, pág. 133)⁴⁷. La pena únicamente viene a colación a causa de la acción provocadora como tal, en la medida en que evidencie una conducta punible (por ejemplo, una injuria). Más reducido, aunque no excluido, resulta ser el interés en

⁴⁴ Sobre ello vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32-núm. 53; crítico *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 85. Disiente acertadamente en relación con la relación existente entre compañeros de clase BGH NJW 1980, pág. 2263.

⁴⁵ En parte es negada la *voluntad* de defensa (así, RG HRR 1940 núm. 1143; BGH *Dallinger* MDR 1954, pág. 335; *Kratzsch*, Grenzen der Strafbarkeit pág. 39; *Wessels*, Allg. Teil núm. 346). Parcialmente también, es aceptada una "actio illicita in causa" (la provocación) (así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 304; *Bertel*, ZStW 84 [1972] págs. 14 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 24; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar núm. 112 antes del § 51; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 357 ss.; en contra *Constantinidis*, "Actio illicita in causa" págs. 46 ss.). Otro sector constuye un deber de garante derivado de la ingerencia (así, *Marxen*, "Sozialethische" Grenzen pág. 58). Finalmente, otros niegan por lo general la legítima defensa (así, RG DR 1939, pág. 364; BGH NJW 1962, pág. 309; JR 1984, pág. 205; NStZ 1983, pág. 452; *Lackner*, § 32 núm. 14; *Roxin*, ZStW 75 [1963] págs. 558 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 436; *Welzel*, Lehrbuch pág. 88; *SK (Samson)* § 32 núm. 27).

⁴⁶ Así, *Lenckner*, GA 1961, págs. 301 ss.; *Schröder*, JuS 1973, pág. 150; *Kühl*, Jura 1991, pág. 178; *LK (11.ª) (Spendel)* § 32 núm. 306.

⁴⁷ En este sentido, *Bockelmann*, Honig-Festschrift págs. 29 ss.; *Hassemer*, Bockelmann-Festschrift págs. 243 ss.; *Hruschka*, Dreher-Festschrift pág. 208 nota a pie núm. 29 (estado de necesidad defensivo); *Lenckner*, JZ 1973, pág. 256; *Schroeder*, Maurach-Festschrift pág. 140. Diferenciando según los casos *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núms. 46 ss.

la afirmación del Derecho en aquellos supuestos en los que, si bien es cierto que el autor no ha provocado intencionadamente la *situación de legítima defensa*, sin embargo a través de un comportamiento *antijurídico y culpable* ha dado lugar a que el ataque haya sido la *consecuencia adecuada* del mismo (vgr., injurias, burlas). En estos supuestos, también según la doctrina mayoritaria, el autor no pierde la facultad para defenderse pero, bajo ciertas circunstancias, debe renunciar a una prometedora acción defensiva que sea muy peligrosa para el agresor y esforzarse por apaciguar de otro modo la situación (BGH 39, 374). La jurisprudencia sienta aquí exigencias tan elevadas en la cesión del agredido que difícilmente la provocación antijurídica pesa en la situación de legítima defensa. En cualquier caso, una lesión grave del agresor sólo es admisible cuando el autor no pueda evitarlo ni tampoco alcanzar un medio defensivo de menos entidad⁴⁸.

Ejemplos: Tras haber provocado culpablemente un accidente de circulación leve, el autor emprendió la huida con su vehículo y, después de abandonar el mismo, habiendo sido seguido a pie por el conductor del otro vehículo, éste le gritó que le iba a matar. Tras alcanzar y golpear al huido el agredido le asestó una puñalada mortal con un cuchillo finlandés. La BGH 24, 356 estimó en principio la legítima defensa pero reprochó al autor no haber evitado la agresión amenazando con el arma o no haber empleado ésta de un modo menos peligroso. El autor que, tras tomar parte en una riña acaecida en una taberna y volverse en una situación extraordinariamente peligrosa, debe evitar y no puede apuñalar al agresor que únicamente se le acerca amenazante con los puños (BGH 26, 143). El amante que es sorprendido por el marido no puede defenderse frente al ataque de éste con peligrosos y contundentes instrumentos (OLG Hamm NJW 1965, pág. 1928). Quien durante largo tiempo se ha esforzado en rehusar el ataque provocado por su propio comportamiento insolente también puede, finalmente, dar un puñetazo al agresor (BGH 26, 256 ss.).

Problemáticos son los casos en los que el comportamiento "provocador" no es antijurídico pero sirve de excitación al posterior agresor.

Ejemplos: El autor excita a un conocido camorrista intentando, en contra de su voluntad, volver a su propia casa tras haber mantenido con él un enfrentamiento físico (BGH NJW 1962, pág. 308). Un trabajador turco no devuelve un préstamo que le ha hecho un compatriota (BGH 27, 336).

Ciertamente, en estos supuestos existe una "provocación" (bajo ciertas circunstancias, además, consciente) del agresor y, no obstante, el Ordenamiento

⁴⁸ Así, *Lenckner*, JZ 1973, pág. 255; *Roxin*, NJW 1972, pág. 1821; *Schröder*, JuS 1973, pág. 157; *Kühl*, Jura 1991, pág. 181. Por el contrario, *Hinz*, JR 1993, pág. 258 acepta incluso que en una provocación imprudente del ataque de ningún modo tiene lugar una restricción del derecho a la legítima defensa.

jurídico exige que se toleren tales formas de comportamiento sin actuar violentamente. Por ello, al agredido se le concede de forma completa el derecho a la legítima defensa⁴⁹.

b) En la legítima defensa la proporción valorativa entre el bien jurídico agredido y el menoscabado con la acción defensiva no es en verdad importante, pues tanto el interés en la autoprotección como también la afirmación del Derecho son independientes de tal relación entre los bienes implicados. Sin embargo, el **interés en la autoprotección** puede experimentar una **reducción extrema** en relación con la puesta en peligro del agresor, cuando tan sólo se trata de la defensa de valores de escasa importancia. En estos casos también hay que negar el interés en la afirmación del Derecho, porque el sentido del Ordenamiento jurídico no puede ir encaminado a admitir una defensa en beneficio de bienes de escaso valor o dirigida contra un ataque insignificante, a costa de perjuicios esenciales para el agresor. Según ello no está permitida la legítima defensa cuando existe una insoportable desproporción entre el bien jurídico atacado y la lesión o puesta en peligro del agresor⁵⁰.

Ejemplos: Un guarda no puede disparar a un ladrón que escapa con una botella de sirope valorada en 10 Pfennig (OLG Stuttgart DRZ 1949, pág. 24 con comentario coincidente de Gallas). El derecho a utilizar una plaza de aparcamiento vacía no permite amenazar al perturbador con atropellarlo (BayObLG NJW 1963, pág. 824). Un melecotonero no puede ser asegurado con una instalación eléctrica que causa la muerte al ladrón (OLG Braunschweig MDR 1947, pág. 205). El titular de un derecho de prenda sobre una gallina no puede defenderse frente al agresor propinándole un hachazo en la cabeza (BayObLG NJW 1954, pág. 1377).

En cambio, “la defensa frente a meras travesuras” debe diferenciarse de las hipótesis de extrema desproporción de los bienes afectados. Aquí todo el suceso se queda en el ámbito de las infracciones de bagatela y por ello a menudo se tiene que negar la existencia de una “agresión”⁵¹, tal y como sucede por ejemplo con un empujón grosero en un telesquí, en una entrada ineducada en un tranvía repleto o con ocasión del ruido provocado por el juego de unos niños. No obstante, en el ámbito de las

⁴⁹ Schönke/Schröder/Lenckner, § 32 núm. 59; Roxin, Allg. Teil I § 15 núms. 65 ss.

⁵⁰ Así se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. Dreher/Tröndle, § 32 núm. 20; Krey, JZ 1979, pág. 702; LK (11.^a) (Spendel) § 32 núms. 313 ss.; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 26 núm. 39; Schönke/Schröder/Lenckner, § 32 núm. 50; SK (Samson) § 32 núm. 22; Wessels, Allg. Teil núm. 342; en contra sobre todo de cualquier limitación a la legítima defensa Schmidhäuser, Honig-Festschrift pág. 198. Por el contrario, Beulke, Jura 1988, págs. 645 ss. recomienda una ampliación demasiado extensa del principio del abuso a “cantidades medianas” (100-300 DM).

⁵¹ Vid. Oetker, Frank-Festgabe Tomo I págs. 360 ss.

bagatelas también pueden ser objeto de ataque ciertas situaciones jurídicas que no resultan desatendibles sin más como, verbigracia, el vertido injustificado de basura en el jardín del vecino, las pintadas insolentes de estudiantes, indeseables bromas de carnaval, graves trastadas en fiestas populares o impertinencias en certámenes de baile. A pesar de todo, en la mayoría de estos casos el interés amenazado es de tan escaso valor desde el punto de vista de la falta de relevancia del suceso en su conjunto, que se prohíbe cualquier defensa que vaya más allá de la recriminación verbal (BGH MDR 1956, pág. 372; StV 1982, pág. 219).

Ejemplos: El cliente de un bar a quien en un intercambio de palabras otro le ponen enérgicamente la mano sobre el hombro, no puede responder con un puñetazo en la cara (BGH LM § 53 núm.3). Por principio, enfocar a otro con una linterna de bolsillo en la cara nunca constituye agresión (KG JW 1935, pág. 553).

IV. El auxilio necesario

1. La legítima defensa también puede ser prestada en beneficio de otro que es agredido (§ 32 II: “defenderse a sí mismo o a otro”) sin que, como sucede en el estado de necesidad exculpante (§ 35), deba tratarse de un pariente o de otra persona allegada (auxilio necesario). Los **requisitos del auxilio necesario** y el alcance del mismo que resulta admisible no se diferencian de los de la autodefensa⁵². Estos supuestos deben ser enjuiciados de acuerdo con las relaciones del *tercero* a quien se le presta el auxilio. Especialmente, fuera de la voluntad de defensa del auxiliador, el hecho también depende de la voluntad del agredido pues a nadie le corresponde imponer su ayuda a otro si éste no quiere defenderse o desea hacerlo sin la ayuda de un tercero (BGH 5, 245 [248]; 27, 313; BGH JZ 1976, pág. 138; BGH StV 1987, pág. 59)⁵³. Naturalmente que el tercero no necesita saber nada del ataque (RG 55, 167). Esencialmente la prestación auxilio necesario es voluntaria, pero puede concurrir su práctica obligatoria dimanante del § 323 c, del Derecho de familia o del Derecho policial.

⁵² LK (11.^a) (Spendel) § 32 núm. 145; Schönke/Schröder/Lenckner, § 32 núm. 42. De otra opinión, Seelmann, ZStW 89 (1977) págs. 56 ss., quien pretende restringir al auxilio necesario a los límites de la proporcionalidad. Acerca del auxilio necesario organizado a través de servicios profesionales de seguridad y de defensa ciudadana Kunz, ZStW 95 (1983) págs. 972 ss. En relación con el auxilio necesario en agresiones provocadas Mitsch, GA 1986, pág. 545.

⁵³ Vid. Blei, Allg. Teil pág. 148; Schönke/Schröder/Lenckner, § 32 núms. 25 ss.; Roxin, Allg. Teil I § 15 núm. 97; Seier, NJW 1987, págs. 2480 ss.; Kühl, Jura 1993, pág. 236. De otro parecer al respecto Schroeder, Maurach-Festschrift pág. 141; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 356; LK (11.^a) (Spendel) § 32 núm. 145.

2. También es admisible el auxilio necesario en beneficio del Estado o de otras corporaciones de Derecho público cuando se trate de la defensa de bienes jurídicos individuales (**auxilio necesario estatal**). En cambio, está prohibido a los particulares si es en beneficio del orden público o del Ordenamiento jurídico en su conjunto; lo mismo sucede con el auxilio necesario en beneficio del Estado mismo, cuando se trata de la protección de bienes jurídicos estatales en sentido estricto (vid. *supra* § 32 II 1b). Acerca del auxilio necesario prestado por funcionarios de policía vid. *supra* § 32 II 2c.

V. La legítima defensa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Es discutida la cuestión de si el derecho a la legítima defensa conforme al § 32 se encuentra limitado por la **Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas** de 1950 (BGBl. 1952 II pág. 686), que posee el mismo rango que una Ley Federal ordinaria (BayVerfGH NJW 1961, pág. 1619). El CEDH sólo permite en su art. 2 II a) la muerte intencionada⁵⁴ de una persona (prescindiendo de otros dos casos adicionales), cuando sea absolutamente necesario el empleo de la violencia para defenderse ante una agresión antijurídica igualmente violenta. Por ello, se concluye a menudo que un homicidio doloso en legítima defensa sólo está justificado cuando tiene lugar para la protección del cuerpo, la vida o la libertad de una persona, de modo que, por ejemplo, no estaría cubierta la muerte de un ladrón que huye con el botín y que es ocasionada por el uso de un arma de fuego⁵⁵. En todo caso, esta restricción extraña al pensamiento jurídico europeo continental en su desarrollo más reciente no puede encontrar aplicación alguna a las relaciones entre particulares. En correspondencia con la finalidad de la Convención de prevenir los excesos del Estado frente a los particulares y no con la de intervenir en la fundada tradición jurídica de una parte de los Estados miembros, debe aceptarse más bien que el Convenio

⁵⁴ En el idioma inglés y francés las expresiones “intentionally” e “intentionnellement”, respectivamente, no se corresponden con el “dolo” en sentido general, sino tan sólo con la “intención” (“Absicht”) dirigida al ocasionamiento del resultado; vid. *Smith/Hogan*, Criminal Law pág. 53; *Kenny/Turner*, Outlines pág. 36; *Glanville Williams*, Criminal Law pág. 34; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 214. Asimismo, *Blei*, Allg. Teil pág. 147; *Roxin*, Allg. Teil I § 15 núm. 76. De otra opinión, *Frister*, GA 1985, págs. 560 ss.; *Schökel/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 62.

⁵⁵ Así, *Maunz/Dürig*, art. 1 núm. 62 y art. 2 II núm. 15; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 305; *Woesner*, NJW 1961, pág. 1381; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 440; *SK (Samson)* § 32 núm. 30. *Frowein/Peukert*, art. 2 sostienen en todo caso la obligación del legislador de adaptar la regulación de la legítima defensa al art. 2 II a) CEDH.

sólo pretende regular las *relaciones del poder del Estado con los ciudadanos* y que no despliega su eficacia respecto a terceros⁵⁶. Si es el poder estatal el que actúa en auxilio necesario entonces resulta de aplicación el art. 2 II a) CEDH, pero por parte de la policía nunca se plantea el homicidio "intencionado" del agresor como acción necesaria para la protección de valores patrimoniales. Por tanto, en cuanto al resultado, la regulación de la legítima defensa no se ve afectada por el CEDH.

VI. Exceso y legítima defensa putativa

1. A pesar de la existencia de una situación de legítima defensa, la acción desarrollada puede no estar justificada si el autor, consciente o inconscientemente, sobrepasa los límites de su necesidad (**exceso en la legítima defensa**). Sin embargo, de acuerdo con el § 33, queda excluida la culpabilidad si el autor ha actuado movido por el error, el miedo o el pánico (vid. *infra* § 45 III).

2. La justificación de la acción defensiva presupone que la situación de defensa es real y que la acción es necesaria en su forma y medida. Si el autor yerra al respecto (**legítima defensa putativa**) entonces la defensa resulta ser antijurídica, pues entonces se encuentra ante un error de tipo permisivo acerca de los presupuestos de la legítima defensa que debe ser tratado como un tipo de error *sui generis* (vid. *infra* § 41 IV 1).

VII. Derecho extranjero

En el Derecho penal extranjero los requisitos de la legítima defensa están más rigurosamente regulados que en el Derecho alemán. Concretamente, a menudo se exige la proporcionalidad valorativa entre el bien jurídico atacado y el defendido. El vigente StGB *austríaco* limita esta causa de justificación a la defensa de la vida, la salud, integridad corporal, libertad y patrimonio (§ 3 I 1). De acuerdo con ello, no son susceptibles de ser protegidos a través de la legítima defensa el honor, la esfera íntima y los derechos

⁵⁶ En esta dirección camina la doctrina mayoritaria; vid. vgl. *Blei*, Allg. Teil pág. 147; *Bockelmann*, Engisch-Festschrift págs. 459 ss.; *el mismo*, Dreher-Festschrift págs. 249 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 32 núm. 21; Dictamen del BJM, Niederschriften Tomo II Anh. N. 26; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 259; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 62; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 26 núm. 31; *Krey*, JZ 1979, pág. 708; *Partsch*, Europäische MRK pág. 336; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 343 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 86; *Wessels*, Allg. Teil núm. 341. En contra, *Frister*, GA 1985, pág. 553; *Marxen*, Die sozioethischen Grenzen pág. 61. Dudosos *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 10 A núm. 57. Con acierto exponen *Löwel/Rosenberg* (*Gollwitzer*) art. 2 MRK núm. 19 que el Estado, a través de una admisión amplia de la legítima defensa, tampoco infringe su deber de protección de la vida humana.

familiares⁵⁷. En el precepto mencionado se excluye la legítima defensa cuando el interés en la autoprotección es escaso en relación con la gravedad del menoscabo ocasionado al agresor⁵⁸. El StGB *suizo* expresa la idea de proporcionalidad en el art. 33 I señalando que el ataque tiene que repelerse “de forma adecuada a las circunstancias”⁵⁹. En *Francia*, el Código penal de 1994 regula la “*légitme défense*” en el art. 122-5, 6⁶⁰. La legítima defensa y el auxilio necesario frente a una agresión antijurídica sólo están justificadas en el marco de la proporcionalidad. La defensa de bienes materiales no puede tener lugar mediante el homicidio doloso del agresor; no obstante, el art. 122-6 asume las presunciones sobre la legítima defensa recogidas en el art. 329 del anterior Código penal. De acuerdo con ellas, la legítima defensa y el auxilio necesario se presumen en la defensa frente a alguien que se introduce por la noche en una vivienda por medio de la fuerza, la violencia o la astucia, así como también en la defensa frente a rateros o ladrones que utilizan la violencia. El anterior art. 329.1 excluía expresamente el homicidio doloso del agresor nocturno mientras que, en cambio, el actual art. 122-6 núm. 1 no lo hace expresamente. El Derecho *belga* sigue los pasos del antiguo Código penal francés (vid. la 4.^a ed. de esta obra pág. 314)⁶¹. También en Derecho *italiano* donde el art. 52 C.p. determina expresamente que la acción defensiva “debe encontrarse en proporción con la agresión”, la doctrina mayoritaria exige la proporcionalidad de la relación entre el interés protegido y el lesionado por la defensa⁶². El C.p. *español* exige en el art. 8 núm. 4 II la “necesidad racional” del medio empleado⁶³, requisito éste que con frecuencia es interpretado como un elemento de la proporcionalidad⁶⁴. El art. 41 del W.v.S. *holandés* no contiene una

⁵⁷ Vid. WK (Nowakowski) § 3 núm. 7; Kienapfel, Grundriß Z 11 núm. 6. Acerca de la legítima defensa frente a personas ebrias OGH JBl 1973, 273.

⁵⁸ WK (Nowakowski) § 3 núm. 23: “sólo aquí entra en juego la ponderación de intereses”. Según Fuchs, Probleme der Notwehr pág. 30 no son aceptables restricciones adicionales.

⁵⁹ Vid. Hafter, Allg. Teil pág. 147; Schultz, Einführung I pág. 160 aduciendo una crítica a la BGE 107 (1981) IV 12 (que permite el disparo al ladrón que huye con un importante botín); de acuerdo, sin embargo, Noll/Trechsel, Allg. Teil I pág. 115; pueden encontrarse ejemplos prácticos en Schwander, Das schweiz. StGB pág. 84, así como en Dubs, SchwZStr 89 (1973) págs. 337 ss. Acerca de la fundamentación del principio de proporcionalidad, Schweiz. Juristentags-Festgabe págs. 165 ss.

⁶⁰ Vid. Desportes/Le Gunehec, Présentation núm. 34; Pradel, Le nouveau Code pénal núms. 39 ss. Vid., además, acerca del Derecho francés, suizo y austriaco Franke, Grenzen der Notwehr, Diss. Freiburg 1976.

⁶¹ Vid. Hennau/erhaegen, Droit pénal général núms. 224 ss.; Dupont/Verstraeten, Handboek núms. 363 ss.

⁶² Vid. Bettiol/Pettoello Mantovani, Diritto penale págs. 384 ss.; Fiandaca/Musco, Diritto penale págs. 140 ss.; Grosso, Difesa legittima pág. 17; Nuvolone, Sistema pág. 194.

⁶³ La remisión se debe entender realizada al vigente art. 20.4.º2 del Código penal de 1995 que mantiene intacto dicho requisito (N del T).

⁶⁴ Así, Jiménez de Asúa, Tratado, Tomo I pág. 217; Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo, Art.

alusión directa al principio de proporcionalidad pero en la doctrina esta restricción se deduce de la “necesidad apremiante” (“Gebotenheit”) de la defensa⁶⁵. El Derecho inglés acoge ahora en el art. 3 Criminal Law Act 1967 una disposición general sobre la legítima defensa que se refiere al “reasonable use of force”, dando con ello un amplio espacio de juego al principio de proporcionalidad. No obstante, parece admitirse el homicidio del ladrón que huye con el botín como último medio al que poder recurrir⁶⁶. También la legítima defensa del Derecho penal norteamericano se diferencia considerablemente del alemán. Especialmente en que, por lo general, en la defensa no puede existir empleo de violencia peligrosa para la vida frente a un ataque que no evidencia una puesta en peligro para dicho bien jurídico⁶⁷ e, incluso, en un ataque peligroso para aquélla a menudo se le exige al agredido que primero busque su resguardo intentando la retirada antes de recurrir a un medio de defensa externo⁶⁸. El Derecho brasileño, que en el art. 25 C.p. sólo admite que la defensa sea ejercida “moderadamente”, ciertamente no presupone una proporcionalidad de los medios pero no permite el homicidio del agresor destinado a la protección de una cosa de poco valor⁶⁹.

§ 33 El estado de necesidad justificante

Amelung, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe Eingriffsbefugnisse des Staates? NJW 1977, pág. 833; *el mismo*, Nochmals: § 34 als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm? NJW 1978, pág. 623; *el mismo*, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, pág. 329; *Amelung/Schall*, Zum Einsatz von Polizeispitzeln usw., JuS 1975, pág. 565; *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *Azzali*, Stato di necessità, Novissimo Digesto Italiano, Tomo XVIII, 1971, págs. 356 ss.; *Ballerstedt*, Anmerkung zu OLG Freiburg vom 26.10.1950, JZ 1951, pág. 227;

8 Nr. 4 núm. 112; *Cerezo Mir*, Curso pág. 489; *Perron*, Rechtfertigungsgründe págs. 189 ss. En contra, sin embargo, *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal pág. 346; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 563 ss. con referencia a la jurisprudencia más reciente que *Gimbernat Ordeig*, Das spanische Strafrecht pág. 337 menciona y aprueba.

⁶⁵ Vid. *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht pág. 194; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 319 ss.; *Pompe*, Das niederländische Strafrecht pág. 70.

⁶⁶ Vid. *Smith/Hogan*, Criminal Law pág. 254 (dudoso); *Kerll*, Das englische Notwehrrecht págs. 15 ss., 119 ss.

⁶⁷ Vid. *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo II págs. 82 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 651 ss.; *J. Hall*, General Principles págs. 434 ss.

⁶⁸ Vid. Código Penal Modelo Sect. 3.04 (2) (b) (II). En profundidad al respecto *Herrmann*, ZStW 93 (1981) págs. 615 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 659 ss.; *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo II págs. 79 ss. Acerca del “caso del metro de Goetz” *Fletcher*, Notwehr als Verbrechen, 1993, con un epílogo *Lüderssen* págs. 330 ss.

⁶⁹ *Fragoso*, Lições pág. 193; *da Costa jr.*, Comentários, Art. 25 núms. 5 ss.

Baumgarten, Notstand und Notwehr, 1911; *Bockelmann*, Hegels Notstandslehre, 1935; *Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, pág. 1881; *Cerezo Mir*, Grundlage und Rechtsnatur des Notstands im spanischen StGB, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 689; *Cohen*, The Development of the Modern Doctrine of Necessity usw., en: *Eser/Fletcher* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo II, 1988, pág. 973; *Delonge*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB usw., 1988; *Denkner*, Der verschuldete rechtfertigende Notstand, JuS 1979, pág. 779; *Dimitratos*, Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen, 1989; *Dingeldey*, Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum, Jura 1979, pág. 438; *Dölling*, Umweltstrafrecht und Verwaltungsrecht, JZ 1985, pág. 461; *Graf zu Dohna*, Recht und Irrtum, 1925; *Etzel*, Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht, 1993; *Frisch*, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht, 1993; *Gallas*, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Geilen*, Anmerkung zu OLG Frankfurt vom 29.11.1974, JZ 1975, pág. 380; *Gimbernat Ordeig*, Der Notstand usw., Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 485; *el mismo*, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen, en: *Eser/Perron* (Edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo III, 1991, pág. 71; *Goldmann*, Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, Diss. Freiburg 1967; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, pág. 129; *Grebing*, Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands, GA 1979, pág. 81; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Heinel/Meinberg*, Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz usw., Gutachten D zum 57. DJT, 1988; *Heinitz*, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 266; *Henkel*, Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigein Recht, 1932; *Hilgendorf*, Forum: Zwischen Humanexperiment und Rettung ungeborenen Lebens usw., JuS 1993, pág. 97; *Hirsch*, Anmerkung zu BGH vom 15.5.1979, JR 1980, pág. 115; *el mismo*, Können strafgesetzliche Rechtfertigungsgründe, insbesondere der rechtfertigende Notstand, als Ermächtigungsgrundlage für hoheitliche Eingriffe dienen? Festschrift für M. Ciegla, 1993, pág. 126; *Hold v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit Tomo I, 1903, Tomo II, 1905; *Horn*, Bindung des Strafrechts an Entscheidungen der Atombehörde? NJW 1988, pág. 2335; *Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *el mismo*, Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS 1979, pág. 385; *el mismo*, Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand? NJW 1980, pág. 21; *el mismo*, Das Strafrecht neu durchdenken! GA 1981, pág. 237; *el mismo*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe vom 22.8.1983, JZ 1984, pág. 240; *Jansen*, Pflichtenkollisionen im Strafrecht, Strafr. Abh. Heft 269, 1930; *Jescheck*, Das niederländische StGB im internationalen Zusammenhang, en: *van Dijk y otros* (Edrs.), Criminal Law in Action, 1986, pág. 5; *Joerden*, § 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung, GA 1991, pág. 411; *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 327; *Kienapfel*, Der rechtfertigende Notstand, ÖJZ 1975, pág. 421; *el mismo*, Der rechtfertigende Notstand,

Strafr. Probleme 3, 1975, pág. 39; *Krey*, Grundfälle zu den Straftaten gegen das Leben, JuS 1971, pág. 248; *el mismo*, Der Fall Peter Lorenz usw., ZRP 1975, pág. 97; *Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, pág. 474; *el mismo*, Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, JZ 1977, pág. 515; *el mismo*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, 1979; *el mismo*, Die sog. "Gefahrtragungspflichten" im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes, JZ 1980, pág. 755; *el mismo*, Tötungsverbot und Lebensnotstand, JuS 1981, pág. 785; *el mismo*, Der "verschuldete" rechtfertigende Notstand, 1983; *el mismo*, Das "Wesentliche" am "wesentlich überwiegenden Interesse", GA 1983, pág. 289; *el mismo*, Notstand I (strafrechtlich), HRG, Tomo III, 1984, Spág. 1063; *el mismo*, Darf sich der Staat erpressen lassen? 1986; *el mismo*, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, pág. 81; *Küpper*, Fahrlässige Brandstiftung mit tödlichem Ausgang-BGH NJW 1989, pág. 2479, JuS 1990, pág. 184; *Ortrun Lampe*, Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand, NJW 1968, pág. 88; *Lange*, Terrorismus kein Notstandsfall? NJW 1978, pág. 784; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965; *el mismo*, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, pág. 295; *el mismo*, Das Merkmal der "Nicht-anders-Abwendbarkeit" der Gefahr in §§ 34, 35 StGB, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 95; *el mismo*, Behördliche Genehmigungen und der Gedanke des Rechtsmissbrauchs im Strafrecht, Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, pág. 27; *Ludwig*, "Gegenwärtiger Angriff", "drohende" und "gegenwärtige" Gefahr usw., 1991; *Mangakis*, Pflichtenkollision usw., ZStW 84 (1972) pág. 447; *Marcetius*, Der Gedanke der Zumutbarkeit, Strafr. Abh. Heft 243, 1928; *Maurach*, Kritik der Notstandslehre, 1935; *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel usw., 1990; *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3.^a ed. 1978; *el mismo*, Anmerkung zu OLG München NJW 1972, pág. 2275, NJW 1973, pág. 668; *Palandt*, BGB, 52. ed. 1993; *Perron*, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht, 1988; *Prächel*, Die Fälle des Notstands nach anglo-amerikanischem Strafrecht, 1975; *Rengier*, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101 (1989) pág. 874; *Rittler*, Der unwiderstehliche Zwang usw., Festschrift für den OGH, 1950, pág. 221; *Robinson*, Criminal Law Defenses, Tomos I, II, 1984; *Romano*, Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen im italienischen Strafrecht, en: *Eser/Perron* (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo III, 1991, pág. 117; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.^a ed. 1973; *el mismo*, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Festschrift für K. Engisch 1969, pág. 380; *el mismo*, Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 457; *el mismo*, Die notstandsähnliche Lage — ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 181; *Rudolphi*, Teilnahme an einer Notstandstat usw., ZStW 78 (1966) pág. 67; *el mismo*, Primat des Strafrechts im Umweltschutz? NStZ 1984, pág. 193; *Scarano*, La non esigibilità nel diritto penale, 1948; *Schaffstein*, Der Maßstab für das Gefahurteil beim rechtfertigenden Notstand, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, S. 89; *Schlosser*, Notstand III (zivilrechtlich),

HRG, Tomo III, 1984, Spág. 1083; *Eb. Schmidt*, Das Reichsgericht und der “übergesetzliche Notstand”, ZStW 49 (1929) pág. 350; *el mismo*, Anmerkung zu OGH 1, 321, SJZ 1949, pág. 559; *Schroeder*, Notstandslage bei Dauergefahr, JuS 1980, pág. 335; *Seelmann*, Das Verhältnis von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978; *Siegert*, Notstand und Putativnotstand, 1931; *Stammler*, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands, 1878; *Staudinger (Seiler)*, Sachenrecht, Tomo III, 12.^a ed. 1989; *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956) pág. 41; *Sydow*, § 34 StGB —kein neues Ermächtigungsgesetz! JuS 1978, pág. 222; *Tiedemann/Kindhäuser*, Umweltstrafrecht-Bewährung oder Reform? NStZ 1988, pág. 337; *Tröndle*, Verwaltungshandeln und Strafverfolgung, Gedächtnisschrift für K. Meyer, 1990, pág. 607; *Ulsenheimer*, Strafbarkeit des Garanten bei Nichtvornahme einer Rettungshandlung, JuS 1972, pág. 254; *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, Festgabe für R. v. Frank, Bd. I, 1930, pág. 469; *u. Weber*, Das Notstandsproblem usw., 1925; *el mismo*, Vom Diebstahl in rechter Hungersnot, MDR 1947, pág. 78; *el mismo*, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Festschrift für W. Kiesselbach, 1947, pág. 233; *Weigelin*, Das Brett des Karneades, GS 116 (1942) pág. 88; *Welzel*, Anmerkung zu OGH 1, 321, MDR 1949, pág. 373; *el mismo*, Zum notstandsproblem, ZStW 63 (1951) pág. 47; *Winkelbauer*, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, NStZ 1988, pág. 201; *el mismo*, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985.

I. La distinción entre las clases de estado de necesidad

1. En el sentido jurídico general del término, un estado de necesidad es “**una situación de peligro actual para legítimos intereses que sólo puede evitarse mediante la lesión de los de otra persona**”¹. Tras esta definición se esconden, sin embargo, *casos de muy diversa índole y configuración* que en Derecho penal también deben ser tratados de modo diferenciado. En todo caso, la máxima “*necessitas non habet legem*” (la necesidad no conoce ley) no ha de tomarse literalmente.

Ejemplos: El agredido en su defensa mata a un perro feroz. Para apagar un fuego debe dañarse la finca vecina. El bañista utiliza, en contra de la voluntad de su dueño, una barca anclada en la playa para rescatar a alguien que se ahoga. El médico sobrepasa con su vehículo el límite máximo de velocidad prescrito para trasladar lo más rápidamente posible a un herido grave. El alpinista corta la cuerda que le une con su compañero caído que pende de la misma para salvar su propia vida. Un tercero actúa también de esa forma para salvar al menos la vida de *uno* de los dos accidentados. El guardagujas dirige

¹ Así, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 96; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núm. 1; *Lenckner*, Notstand pág. 7; *Wessels*, Allg. Teil núm. 291. No obstante, la definición abarca también a otras causas de justificación distintas al estado de necesidad y, en particular, a la legítima defensa; vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 67 § 32 núm. 32.

a un tren hacia una vía con operarios para evitar una catástrofe mucho mayor mediante el choque contra un tren de pasajeros estacionado. El empleado de ventanilla es forzado con un arma a entregar la llave de la cámara acorazada.

Desde la antigüedad la búsqueda de la solución correcta para los distintos supuestos de estado de necesidad ha venido siempre ocupando a la Ciencia jurídica². La nueva doctrina desarrolló la *teoría de la equidad*³. La misma se fundó sobre *Kant* que aunque, ciertamente, no consideraba a la acción necesaria como “inculpabilis” por contradecir, a pesar de la situación de necesidad, al imperativo categórico, sin embargo la tenía por “impunibilis” al no poder determinar la Ley al autor para que actuara conforme a Derecho al estar impulsado este último por una fuerza irresistible. De acuerdo con ello, el hecho necesario no podía ser castigado por motivos de equidad. *Feuerbach* daba incluso por excluida la imputabilidad del autor para estos casos. Continuando con la evolución, *Fichte* defendió que el Ordenamiento jurídico en cierta medida retiraba sus mandatos y prohibiciones para las situaciones de necesidad dejando su resolución a la conciencia del sujeto (*teoría de la exención*). Por el contrario, *Hegel* aceptó que, en todo caso, en el supuesto de conflicto entre la vida y otros bienes jurídicos de menor rango habría un “derecho de necesidad” a favor de la primera⁴. Sobre esta tesis se estructuró la “*teoría del conflicto*” que partía de la diferencia valorativa de los bienes jurídicos⁵. No se trata, pues, de simples graduaciones dentro de un mismo principio⁶, sino de dos perspectivas básicamente distintas. A pesar de la diversidad de los casos, hace tiempo que en la nueva Dogmática han sido defendidas “*teorías unitarias*” que han querido ver la totalidad de las situaciones de necesidad, o bien como causas de exculpación según la idea de equidad⁷ o bien como causas de justificación de acuerdo con la idea de conflicto⁸.

Ha sido *Goldschmidt*⁹ el primero que ha sacado a la teoría del estado de necesidad de una situación “de confusión verdaderamente lamentable”¹⁰ y, por medio

² Sobre la historia dogmática *Küper*, HRG Tomo III Spág. 1064 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 176 ss.; *Weigelin*, GS 116 (1942) págs. 88 ss.

³ Al respecto vid. *Hold v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit Tomo II págs. 43 ss.

⁴ Sobre ello vid. *Bockelmann*, Hegels Notstandslehre págs. 47 ss.

⁵ La formulación más clara se encuentra en *Stammler*, Notstand pág. 74.

⁶ Así, sin embargo, *Siegert*, Notstand pág. 10.

⁷ Así, últimamente, *M.E. Mayer*, Lehrbuch págs. 304 ss.

⁸ En este sentido, *v. Hippel*, Tomo II págs. 231 ss. Asimismo, *Gimbernat Ordeig*, *Welzel-Festschrift* págs. 492 ss. También hay que mencionar aquí a *Pompe*, *Das niederländische Strafrecht* pág. 73.

⁹ *Goldschmidt*, *Österr. Zeitschrift f. Strafrecht* 1913, pág. 196 habla de un “microcosmos jurídico” en el que concurren puntos de vista procentes tanto del injusto como de la culpabilidad.

¹⁰ Así *Löffler*, *Österr. Zeitschrift f. Strafrecht* 1912, pág. 358.

de una visión diferenciadora que ya se encontraba presente en *Berner* en el siglo XIX (Lehrbuch, 18.^a ed. pág. 103), aportó una nueva comprensión del problema. La actualmente reconocida “**teoría diferenciadora**”¹¹ se cuestiona a través de la contraposición del estado de necesidad justificante y exculpante en los § 34 y 35, si el Ordenamiento jurídico aprueba como algo apropiado la acción cometida en estado de necesidad bajo la consideración de todos los puntos de vista decisivos o si, en cambio, tan sólo la considera excusable¹². De acuerdo con este criterio son diferenciables los casos del estado de necesidad justificante y los del exculpante.

2. Los **supuestos de estado de necesidad justificante** que han encontrado su lugar en el Derecho civil son la defensa de cosas (§ 228 BGB) y el estado de necesidad civil defensivo (§ 904 BGB)¹³. A los estados de necesidad regulados en la Ley vino a sumarse el denominado estado de necesidad “supralegal” que había sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia a partir del principio de la ponderación de bienes y deberes (RG 61, 242; 62, 137)¹⁴. Este estado de necesidad fue objeto de regulación legal por medio de la 2.^a Ley de Reforma del Derecho penal del año 1969. La disposición penal general se encuentra en el § 34, mientras que en relación con las infracciones administrativas se halla en el § 16 OWiG. Supuestos especiales del estado de necesidad justificante son las indicaciones terapéutica, criminológica y eugenésica en la interrupción del embarazo, así como la situación de necesidad comparable con tales indicaciones “que pesa tanto sobre la embarazada que a ésta no le puede ser exigida la no interrupción

¹¹ Ésta es la concepción general desde *Goldschmidt*; vid. *v. Weber*, Das Notstandsproblem pág. 16; *Marcetius*, Zumutbarkeit pág. 68; *Henkel*, Notstand págs. 16 ss.; *Lenckner*, Notstand pág. 9. *Liszt/Schmidt*, 25.^a ed. págs. 192 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 13/2; *Küper*, JuS 1987, págs. 82 ss.; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 35 núm. 1; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núms. 3 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 1; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 329; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 315; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 1; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 1; *Welzel*, Lehrbuch pág. 180; *Wessels*, Allg. Teil núm. 292; RG 61, 242 (252); BGH 2, 242 (243). Asume una posición especial *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 191 quien consideraba a la situación de necesidad según los §§ 52, 54 en su redacción anterior, de acuerdo con la teoría de la exención, como una conducta “no prohibida”; vid. también *el mismo*, Grundriß págs. 92 ss. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 33 núm. 8 sostienen, por el contrario, el punto de vista según el cual en estos casos decae la “responsabilidad por el hecho” (vid. 3.^a ed. pág. 348). Sobre la distinción general entre causas de justificación y de exculpación *supra* 31 I 4.

¹² Acerca del carácter fundamental de esta diferenciación *Hruschka*, GA 1981, págs. 239 ss.; *Küper*, JZ 1983, pág. 95 (en contra de *Gimbernat Ordeig*, *Welzel-Festschrift* págs. 492 ss.).

¹³ Vid., además, en torno a las regulaciones especiales de acuerdo con el modelo del § 904 BGB, *infra* § 33 III 5. Acerca de la historia *Schlosser*, HRG Tomo III Spág. 1083 ss.

¹⁴ Sobre la cuestión, básicamente, *Eb. Schmidt*, ZStW 49 (1929) págs. 350 ss. En torno al Derecho penal austríaco, donde el estado de necesidad justificante ha permanecido sin regulación legal, vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núm. 12.

de la gestación" (BVerfGE 88, 203 [299])¹⁵. En la autorización oficial¹⁶ de carácter justificante también se aborda la solución del conflicto de intereses (vid. *infra* § 33 VI). Frente al estado de necesidad justificante se encuentra también el exculpante (§ 35).

3. La distinción entre el estado de necesidad justificante y el exculpante tiene **consecuencias** de gran alcance¹⁷. En el primer caso el hecho está justificado. Por ello frente a quien así actúa no cabe oponer la legítima defensa y, además, no cabe la participación punible en la acción necesaria. En el segundo caso el hecho sólo es disculpado. El afectado por la acción necesaria puede ejercitar la legítima defensa y la participación en aquélla resulta punible en tanto que el partícipe no se encuentre bajo la presión de un estado de necesidad propio, de un pariente o de una persona allegada en el sentido del § 35¹⁸. También en la apreciación errónea en torno a la existencia de una situación de necesidad, son aplicables disposiciones penales diversas según se trate de un caso de estado de necesidad justificante o exculpante.

II. La defensa de cosas (estado de necesidad civil defensivo)

1. La **defensa de cosas** está próxima a la legítima defensa (RGZ 88, 211 [214]) pero muestra también sus propias especialidades que la caracterizan. De acuerdo con el § 228 BGB está permitido dañar o destruir una cosa ajena (y por analogía, también si carece de dueño¹⁹) para evitar un **peligro originado por**

¹⁵ Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto de 28.5.1993 (BVerfG, 88, 203), que declaró inconstitucional la solución del plazo introducida por la Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia de 27.7.1992 (BGBl. I pág. 1398), así como la nueva regulación introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

¹⁶ *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núm. 48 ve en la misma un "caso especial del § 34". Por el contrario, *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 28 antes del § 32 y *Jakobs*, Allg. Teil 16/28 consideran a la autorización oficial como un caso de "consentimiento"; sin embargo, aquí no se trata de la libre disposición del titular del bien jurídico sino de una ponderación valorativa apropiada de un órgano estatal.

¹⁷ Vid., para más detalles, *Kienapfel*, ÖJZ 1975, págs. 423 ss.

¹⁸ En esta dirección camina la doctrina mayoritaria; vid. *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 35 núm. 2; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 1. De otra opinión *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 33 núms. 6 ss. sobre la base de la responsabilidad por el hecho; además, *Rudolphi* ZStW 78 (1966) págs. 95 ss.

¹⁹ No obstante, existen regulaciones especiales relativas a la defensa frente a animales salvajes (§ 26 BJagdG) y sobre la protección de éstos frente a perros o gatos también salvajes (§ 23 BJagdG) que se encuentra regulada más detalladamente en el Derecho territorial (vgr., § 23 I núm.

ella misma, siempre que el daño o la destrucción sean necesarias para eludir el peligro y los daños no sean desproporcionados en relación al mismo. Existe peligro cuando es probable el acecimiento de un daño (BGH 18, 271 [272 ss.]). El § 228 BGB encuentra aplicación sobre todo en relación con ataques de animales, mientras que el § 32 se encuentra limitado a los provenientes de personas, tal y como se deriva de la confrontación entre la legítima defensa y la defensa de cosas (vid. *supra* § 32 II 1 a, nota a pie núm. 6).

Ejemplos: El agredido mata a un perro feroz. El incendio forestal que amenaza a personas y cosas es combatido con tala de árboles y contrafuegos. Es demolido un edificio en llamas que amenaza con incendiar a una edificación contigua.

La clase y medida de la defensa deben ser **necesarias**. Aquí resulta trasladable lo dicho en torno a la necesidad de la acción defensiva en la legítima defensa (vid. *supra* § 32 II 2). De este modo, por ejemplo, se debe ahuyentar antes a un perro con gritos y golpes que con un arma de fuego (RG 34, 295). En contraste con la legítima defensa, para la justificación de la acción desarrollada conforme al § 228 BGB se exige además que los daños ocasionados con la acción defensiva no sean desproporcionados al peligro eludido. Esta restricción no significa, sin embargo, que la admisión de la defensa de cosas dependa básicamente de la proporción entre los bienes jurídicos implicados; los riesgos materiales también deben poder ser evitados por cualquiera si el daño causado por la acción defensiva es considerable. La idea fundamental de la justificación conforme al § 228 BGB no es la salvación del bien más valorado, sino el derecho natural a la defensa del interés amenazado. La adecuación a Derecho de la defensa de cosas no descansa, pues, sobre el punto de vista de la conservación del valor (supresión del desvalor de resultado), sino sobre la aprobación jurídica de la acción de defensa (supresión del desvalor de acción)²⁰. Sin embargo, aquí sí se encuentra positivamente regulada²¹ la idea del retroceso de un escaso interés en la autoprotección en caso de un grave perjuicio del agresor, aspecto que también rige como límite en el derecho a la legítima defensa (vid. *supra* § 32 III 3b); y lo está de un modo en el que, ciertamente, el defensor tiene límites más angostos: el **daño** inferido por la acción de defensa **no puede ser desproporcionado al riesgo inminente procedente de la cosa**. Un

2 LjagdG de Baden-Württemberg en su redacción de 20.12.1978 [GBl. 1979 pág. 12]) donde, a diferencia del § 228 BGB, no tiene lugar una restricción para el caso de una desproporción entre el daño y el peligro existente).

²⁰ Vid. *Stratenwerth*, ZStW 68 (1956) págs. 49 ss. Subraya con mayor fuerza la idea de ponderación de bienes *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 329.

²¹ Asimismo, *LK* (9.^a) (*Baldus*) § 54 núm. 25.

daño grave y desproporcionado no es compensado en la defensa de cosas por la voluntad de defensa jurídicamente aprobada, mientras que en la legítima defensa tan sólo una desproporción *insoportable* de los bienes excluye la justificación. La diferencia se explica por el hecho de que, por principio, el ataque de una persona desencadena el interés de la colectividad en la afirmación del Derecho, mientras que el peligro que origina la cosa no es más que un suceso natural que no significa un menoscabo de la esfera jurídica del afectado. Por este motivo el riesgo derivado de la cosa debe ser evitado si existe la posibilidad de hacerlo.

2. También en la defensa de cosas está permitido el *auxilio necesario*. El defensor aquí también debe actuar con la *voluntad de socorrer*, tal y como señala expresamente el § 228 BGB (“para impedir”). El derecho a actuar por necesidad existe incluso ante un *riesgo culpable* (vgr., excitación imprudente de un perro voraz) pero decae, sin embargo, cuando es originado con la finalidad de poder aniquilar una cosa bajo el amparo a la defensa de cosas (por ejemplo, la muerte de un perro ajeno al que intencionadamente se ha estado irritando durante tanto tiempo que sólo con un disparo puede evitarse que muerda a las personas); en este supuesto, la acción en su conjunto es vista desde un principio como un daño material doloso y antijurídico. La diferencia con la “provocación intencional” en la legítima defensa (vid. *supra* § 32 III 3a) reside en que el autor domina ampliamente el curso causal en el desencadenamiento del peligro procedente de la cosa. Si existe un riesgo culpable por parte de quien actúa en la situación de necesidad, según el § 228 BGB está obligado a la indemnización del daño a pesar de que el hecho sea adecuado a Derecho.

3. Para los casos en los que el **peligro procedente de las personas** no pueda ser tratado a través de la **legítima defensa** (estado de necesidad defensivo desencadenado por personas), no se aplica analógicamente el § 228 BGB sino que se lleva a cabo una ponderación de intereses de acuerdo con los principios del § 34 (vid. *infra* § 33 IV 5).

III. El estado de necesidad civil agresivo

1. Mientras que la defensa de cosas y la legítima defensa descansan sobre la aprobación jurídica de la voluntad de defensa, en cambio, el estado de necesidad agresivo (§ 904 BGB) es la expresión consecuente de la **idea de ponderación de bienes** (supresión del desvalor de resultado mediante la salvaguardia de un bien de mayor valor)²². El § 904 BGB no es atribuible a la teoría del consentimiento

²² Igualmente, *LK* (9.^a) (*Baldus*) § 54 núm. 25; *SK* (*Samson*) nota preliminar núm. 33 antes del § 32.

presunto²³ pues al propietario de la cosa afectada por el hecho desarrollado bajo estado de necesidad, como tercero no interviniente y sin consideración a sus propios intereses, se le imponen otros de carácter ajeno. Según el § 904 BGB están permitidas intromisiones en la propiedad ajena (bienes muebles e inmuebles)²⁴ cuando éstas son necesarias para evitar un peligro actual y el daño inminente es desproporcionadamente elevado frente al originado por la actuación.

Ejemplos: Una persona extraviada en la alta montaña busca cobijo del temporal en una cabaña cerrada, rompiendo la cerradura, haciéndose fuego y comiendo de los alimentos allí encontrados (§§ 123, 303, 248 a). Ante la ausencia de taxis se utiliza un automóvil ajeno allí aparcado para llevar a alguien gravemente enfermo desde una zona alejada a la unidad de cuidados intensivos (§ 248 b). En una riña acaecida en un restaurante los invitados agredidos se defienden con jarras de cerveza del local (RG 23, 116). Un transportista salva en tiempos de guerra su negocio de las agresiones policiales mediante el suministro de las tenencias personales de refugiados judíos que se le habían confiado (OLG Freiburg JZ 1951, pág. 223).

2. El § 904 BGB exige un **peligro actual**. En la defensa de cosas (§ 228 BGB) el peligro únicamente requería ser “inminente” (vid. *supra* § 33 II 1). Por ello en el § 904 BGB se aplica más riguroso pues el riesgo aquí no procede de la cosa afectada. En el caso anteriormente citado la invasión del refugio no es admisible, por ejemplo, ante una simple inclemencia del tiempo o la ingesta de los alimentos en una estancia corta. La intromisión en la propiedad ajena debe, además, ser **necesaria** para salvar el bien amenazado. Con esto quiere decirse lo mismo que con ocasión del requisito de la necesidad en la legítima defensa y en la defensa de cosas, especialmente en lo que atañe a la restricción a una intervención que aunque eficaz sea, simultáneamente, lo menos lesiva posible. Dado que en el estado de necesidad agresivo estamos una intromisión sobre una cosa no implicada o, como máximo, meramente transmisora del peligro (por ejemplo, el arrancar una cabaña de tablas que se encuentra entre la casa en llamas y la propia) y, con ello, se autoriza una intervención en una esfera jurídica ajena de la que no procede el peligro, aquí la relación valorativa entre los bienes es inversa a la del § 228 BGB: **el daño inminente debe ser desproporcionadamente grave al**

²³ Así, sin embargo, v. *Weber*, Notstand págs. 56 ss.

²⁴ El § 904 BGB rige igualmente para intromisiones en otros derechos patrimoniales de carácter absoluto (vid. *Ballerstedt*, JZ 1951, pág. 228; *Palandt [Bassenge]* § 904 BGB núm. 1) e, incluso, sobre derechos de uso y disfrute ajeno (OLG Königsberg JW 1925, pág. 1535). También una intromisión en el domicilio ajeno será admisible sobre la base del § 904 BGB; vid. *Staudinger (Seiler)* § 904 BGB núm. 46, quien también incluye la intervención en la posesión de bienes materiales. En contra, sin embargo, *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 94.

causado por la actuación²⁵. No obstante, la comparación del daño material no permite decidir de un modo terminante el enjuiciamiento acerca de la diferencia valorativa. Junto a los especiales intereses en el aprovechamiento vinculados con los bienes materiales también deben ser tenidas en cuenta las condiciones ideales, valores afectivos y el *grado de peligro inminente* sobre los bienes implicados.

Ejemplos: Una zona religiosa no puede ser empleada sin más para colocar el mobiliario que ha sido rescatado de un incendio. En el caso anteriormente expuesto del enfermo grave, depende de si existe peligro actual para la vida sin el auxilio médico altamente especializado y de si el legítimo usuario del automóvil puede prescindir transitoriamente de él.

3. Incluso si tales criterios, que sobrepasan la ponderación de la proporción material, son tenidos en cuenta suficientemente, no se ha traído todavía a colación todo lo que pertenece al enjuiciamiento del enjuiciamiento del estado de necesidad agresivo. Tampoco un claro resultado de la ponderación de intereses justifica siempre la aplicación del § 904 BGB, pues la intervención sobre un bien ajeno también debe **ser adecuada a los valores superiores de la comunidad**²⁶. Esta restricción no se encuentra en el texto del § 904 pero se deriva de una consideración general expresada en la cláusula de adecuación del § 34, inciso segundo (vid. *infra* § 33 IV 3d). Y así, hay casos en los que la intromisión en la propiedad ajena significarían para la comunidad jurídica una lesión insoportable de la autonomía del afectado y por ello no pueden estar permitidos. Ante un repentino aguacero una señora vestida con un costoso abrigo de visón arrebató el abrigo y el paraguas a una viandante que va sencillamente vestida (el ejemplo es de *Welzel*). Asimismo, nadie puede pretender evitar una situación de necesidad individual para la cual están a disposición medios públicos de un alcance limitado, mediante una intromisión de altas dimensiones en la propiedad ajena (la esposa del artista gravemente enfermo que roba en la farmacia medicamentos especialmente caros para poder ayudar mejor a su marido de mejor forma que el seguro médico). Finalmente, la apelación al estado de necesidad está también excluida cuando no se trata de una situación de necesidad individual, sino de una situación de penuria colectiva como, por ejemplo, la hambruna en el primer periodo de ocupación posterior a 1945²⁷. Para la resolución fundada de estos casos la idea directora debe

²⁵ Sobre ello vid. *Jakobs*, Allg. Teil 13/46; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 30; *Stratenwerth*, Allg. Teil núm. 404.

²⁶ En este sentido también *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 337; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 402 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 6; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 33 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 95; de otra opinión *Seelman*, Das Verhältnis págs. 49 ss.

²⁷ Vid. OLG Celle HES t 1, 139; de otra opinión ante un caso de peligro para la vida OLG Kiel SJZ 1947, pág. 674. Vid. también *v. Weber*, MDR 1947, págs. 78 ss.

ser que la acción necesaria se muestre como solución aceptable de modo *general*, bajo la consideración de todas las circunstancias del caso concreto y de los valores superiores de la comunidad.

4. También en el estado de necesidad agresivo es admisible el *auxilio necesario* y es inofensiva la *culpabilidad* propia. También aquí el defensor debe actuar con *voluntad de socorrer*, pues de lo contrario el desvalor de acción del perjuicio doloso no se compensa a pesar de conseguir como resultado la conservación del bien de mayor valor. En contraste con el § 228, inciso segundo, BGB el propietario de la cosa dañada puede exigir en todo caso la indemnización de los daños (§ 904, inciso segundo, BGB) que, tratándose de un de auxilio necesario, debe ser abonada por el beneficiario.

5. Existen regulaciones especiales de acuerdo con el modelo del § 904 BGB. Ejemplos de las mismas son el deterioro doloso del barco y sus carga en el rescate de ambos de un peligro común (la denominada avería gruesa) según los §§ 700 ss. HGB (vid. también la regulación de la avería en el § 78 I BinnenSchG); el derecho del inspector de costas a utilizar los vehículos e instrumentos necesarios para salvar vidas humanas en caso de peligro marítimo, de acuerdo con el § 9 II del Reglamento de Varadas de 17.5.1874 (RGrBl. pág. 73); las medidas del capitán en caso de peligro para las personas o el barco conforme al § 106 III de la Ley de Marinería; el derecho al aterrizaje de emergencia para aviones según el § 25 II LuftVG; las facultades especiales del ejército federal, la protección federal de fronteras, bomberos, protección civil, policía y el servicio aduanero de conformidad con el § 35 StVO.

IV. El estado de necesidad justificante (§ 34)

1. El Derecho civil limita la defensa de cosas y el estado de necesidad agresivo a intromisiones de cosas materiales pues los §§ 228, 904 BGB son consideradas como regulaciones cerradas no susceptibles de ampliación²⁸. La vida, sin embargo, origina numerosas situaciones de necesidad que no pueden ser solucionadas con aquellas disposiciones porque, o bien tienen que lesionarse otros bienes distintos a las cosas, o bien ha que tener lugar una ponderación entre deberes y no entre bienes jurídicos.

Ejemplos: El médico circula con el coche por una calle de un único sentido en dirección opuesta para curar a un herido grave (OLG Hamm VRS 14, 431); OLG Düsseldorf VRS 30, 444). Una enferma mental es encerrado por su familia en una habitación du-

²⁸ La aplicación analógica de los §§ 228, 904 BGB a otras intervenciones es objeto de rechazo; vid. *Staudinger (Seiler)* § 904 BGB núm. 46.

rante sus estados de excitación para evitar su huida de la casa (§ 239) (BGH 13, 197). Se presta falso testimonio (§ 154) para evitar un peligro para el cuerpo o la vida (BGH GA 1955, pág. 178 [179 ss.]). El médico revela la enfermedad contagiosa de la empleada de hogar (§ 203 I núm. 1) para prevenir un daño a la salud de los niños del empresario que, asimismo, son sus pacientes. El implicado en un accidente abandona el lugar del mismo (§ 142) para conducir al hospital a un herido grave²⁹.

Originariamente el StGB no contenía regulación alguna para estos casos. Sin embargo, ya eran objeto de discusión desde comienzos del s. XX, sobre todo en relación con el ejemplo en el que se salva la vida de la madre con la necesaria interrupción del embarazo. Para la fundamentación del derecho supralegal a llevar a cabo un aborto en la indicación médica (§ 218³⁰) fueron desarrolladas en la doctrina jurídica la “teoría de la ponderación de bienes”³¹ y la “teoría del fin”³². También el Tribunal Imperial interpretó en distintas sentencias que un estado de necesidad entre bienes o deberes constituía un principio general de la justificación (RG 20, 190 [192]; 36, 78 [80]; 38, 62 [64]). De este modo estaba el camino preparado para la revolucionaria sentencia de dicho Tribunal de 11.3.1927 (RG 61, 242 [254]), que a través de un aborto motivado por el peligro de suicidio de la madre reconoció como causa de justificación el **estado de necesidad de acuerdo con el principio de la ponderación de bienes y deberes** (estado de necesidad supralegal³³) (vid. también RG 62, 137; BGH 2, 111; 3, 7). La interrupción del embarazo destinada a salvar la vida o salud de la madre (indicación terapéutica) está actualmente justificada de acuerdo con el § 218 a II³⁴. En el tenor literal de esta disposición se expresa claramente que se trata de una causa de justificación.

2. Sin embargo, el significado práctico del reconocimiento del estado de necesidad justificante no se agota en la justificación de la interrupción del embarazo por motivos médicos. Antes bien, las sentencias que se han ido sucediendo desde 1927 afectan a **los distintos ámbitos del Derecho y la vida**³⁵.

²⁹ Un estado de necesidad regulado legalmente es el matrimonio por necesidad de acuerdo con el § 67 de la Ley sobre el Estado Civil de las Personas.

³⁰ Vid. nota a pie núm. 15 (N del T).

³¹ Vid. *Binding*, Handbuch pág. 762; *Beling*, Grundzüge pág. 15; *Mezger*, Lehrbuch págs. 239 ss. Puede encontrarse un resumen en *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel págs. 99 ss.

³² *Baumgarten*, Notstand und Notwehr pág. 61; *Graf zu Dohna*, Recht und Irrtum pág. 11; *Eb. Schmidt*, ZStW 49 (1929) págs. 379 ss.

³³ Vid. sobre la cuestión *Eb. Schmidt*, ZStW 49 (1929) págs. 350 ss.; *Wachinger*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 472 ss.

³⁴ Vid. nota a pie núm. 15 (N del T).

³⁵ Vid. más detalladamente *Heinitz*, *Eb. Schmidt-Festschrift* págs. 269 ss.; *Lenckner*, Nots- tand págs. 50 ss.

Al principio surgieron en un primer plano casos de *matiz político*. En la RG 62, 35 (46 ss.), que fue donde por primera vez apareció la expresión “estado de necesidad supralegal”, se discutió la cuestión de si la introducción de bienes de contrabando en la Cuenca del Ruhr para el mantenimiento de la economía era o no conforme a Derecho. Las RG 63, 215 (224 ss.) y 64, 101 (104) trataron el problema del estado de necesidad estatal en el homicidio de un supuesto traidor en el “Ejército Imperial Secreto” (“caso del asesinato político”). En la RG 65, 422 (427) fue traído a colación el estado de necesidad supralegal en un caso de injurias al Presidente del Imperio. Otra sentencia discutió bajo este punto de vista la participación en conexiones antinacionalistas en la época del “movimiento campesino” (RG de 28.5.1932, II D 945/31). El estado de necesidad supralegal fue rechazado con motivo de un derecho de autodeterminación del sur del Tirol (BGH NJW 1966, 310 [312]). La aplicación de los principios del estado de necesidad supralegal fue frecuente en *Derecho penal económico*. La RG 77, 113 (115 ss.) afirmó la posibilidad de un estado de necesidad supralegal en la sustracción de gasolina del ejército alemán para el abastecimiento civil durante la guerra. La OGH 1, 343 (348 ss.) discutió la cuestión del estado de necesidad en operaciones de compensación para el mantenimiento de la capacidad productiva de una industria y la BGH GA 1956, pág. 382 lo hizo en relación con la infracción de las disposiciones relativas al cambio de divisas para el mantenimiento de la liquidez de un banco. Las OLG Hamm NJW 1952, pág. 838 y BayObLG NJW 1953, pág. 1603 recurrieron al estado de necesidad supralegal por el incumplimiento de las disposiciones sobre precios para la protección de los puestos de trabajo del personal. La BGH 12, 299 (304 ss.) (con comentario disidente de *Bockelmann*, JZ 1959, pág. 498) admitió la malversación de caudales públicos con vistas al riesgo de grandes pérdidas económicas en la puesta en peligro simultánea de intereses político-culturales y políticos en general (restrictivamente, con razón, BGH NJW 1976, pág. 680, crítico al respecto *Küper*, JZ 1976, págs. 515 ss.). En el *Derecho penal de la circulación* el estado de necesidad supralegal jugó un papel cada vez mayor. El deber de auxilio a los heridos tiene prioridad sobre la prohibición de alejamiento del lugar del accidente (BGH 5, 124 [127]). También está justificado quien huye tras un accidente de tráfico con infracción del § 142 para no ser golpeado (BGH VRS 36, 24). Un conductor puede sobrepasar el límite máximo de velocidad permitido para prevenir a un camión que le precedía de unos daños en el vehículo (OLG Düsseldorf NJW 1970, pág. 674). Los *deberes de secreto profesional* puede ser infringidos de acuerdo con los principios del estado de necesidad supralegal, cuando el médico quiso prevenir un peligro de contagio (RG 38, 62 [64]) o comunicó a la autoridad competente de tráfico la inutilidad de un paciente (OLG München MDR 1956, pág. 565), cuando un abogado no pudo defenderse de otro modo en un proceso penal dirigido contra él (BGH 1, 366 [368]) o cuando un juez de un tribunal colegiado intentó rechazar la acusación por prevaricación acreditando que había votado en contra de la resolución en cuestión (BGH GA 1958, pág. 241). Finalmente, en el marco de la *asistencia familiar* fue aprobado el encierro temporal necesario de una enferma mental como medida de estado de necesidad, para no tener que entregarlo al establecimiento asistencial (BGH 13, 197 [201]).

3. De la panorámica jurisprudencial se deriva que el estado de necesidad justificante es un planteamiento jurídico general que se plantea en conflictos de intereses de diversa índole y que, por ello, posee un gran significado práctico. Para proporcionar a la jurisprudencia un fundamento seguro fue **regulado legalmente el estado de necesidad justificante** (§ 34 StGB; § 16 OWiG; en coincidencia con el § 39 E 1962). A diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad sólo descansa sobre el principio de la conservación del interés amenazado de mayor valor, por lo que el pensamiento de la afirmación del Derecho no desempeña ningún papel (**teoría de la ponderación de intereses**). De ahí que, a ser posible, el peligro debe ser evitado y la ponderación de intereses viene a constituirse en el fundamento decisivo de la justificación.

a) La **situación de necesidad** consiste en un riesgo actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor la propiedad u otro bien jurídico que sólo pueda ser evitado mediante la comisión de la acción típica. De este modo se reconoce la posibilidad de que todos los bienes jurídicos sean susceptible de ser protegido por esta vía, incluidos también los pertenecientes a la colectividad (vgr., el abastecimiento de alimentos, la seguridad del tráfico o el interés en la propia existencia del Estado). Sin embargo, también la cláusula de adecuación (vid. *infra* § 33 IV 3d) establece límites rigurosos. Pero incluso así puede recurrirse a la intervención del estado de necesidad para cualquier bien jurídico. Sólo en el caso de la *vida* existe una excepción pues las vidas humanas no pueden compensarse entre sí³⁶. Esto rige también para los casos en los que distintas personas que se encuentran en una comunidad de peligro se colocan en una situación de riesgo para sus vidas, así como en el rescate de muchas personas mediante el sacrificio de una.

Ejemplos: El cierre de la escotilla en un submarino amenazado de inundación es en realidad necesario para el rescate de la embarcación, pero la muerte de los marineros que de este modo quedan encerrados no queda justificada, sino únicamente exculpada (§ 35), por el rescate de los otros. No está justificada la colaboración en el homicidio de enfermos mentales por parte de los médicos que de esta forma querían rescatar a otros (BGH NJW 1953, pág. 513). Una persona mentalmente confusa quiso ofrecer como ofrenda al "Rey de los Gatos" una vida humana para salvar así a millones de personas; lógicamente, su conducta no estaba justificada de acuerdo con el § 34 (BGH 35, 347 [350]).

El peligro es actual cuando desde una perspectiva objetiva *ex ante* es tan probable el acaecimiento del resultado en ese instante o en un momento posterior (*peligro permanente*), que las medidas necesarias para la protección del bien jurídico amenazado han de tomarse enseguida de modo razonable.

³⁶ Extensamente sobre ello Küper, JuS 1981, págs. 785 ss.

Ejemplo: Un desconocido colocó a un matrimonio en una situación de miedo permanente por medio de reiteradas incursiones nocturnas en el dormitorio de la pareja y, finalmente, cuando el marido intentó detenerlo en una de las ocasiones, le hirió mediante dos disparos a pesar de que se había dado a la fuga. La BGH NJW 1979, pág. 2053, dejó abierta la vía del § 34, pero aceptó la exclusión de la culpabilidad a través del § 35 (vid., en relación con el peligro permanente en el estado de necesidad exculpante, *infra* § 44 I 2)³⁷.

b) Asimismo, el peligro para el bien jurídico amenazado no puede ser **evitable de otro modo**³⁸. Esto significa que los bienes que se encuentran en discordia deben entrar en conflicto entre sí de un modo tal que uno *sólo* puede ser salvado mediante el sacrificio del otro. Si en la acción de rescate se plantea la posibilidad de la intromisión en distintos bienes jurídicos, de entre las diversas vías adecuadas para efectuar aquél, quien actúa en estado de necesidad debe escoger aquélla que prometa un menoscabo relativamente menor. Aparte de ello, no es necesario que exista una relación específica de conflicto entre el bien jurídico salvaguardado y el sacrificado³⁹.

c) Además, de la **ponderación en su conjunto** de los intereses enfrentados debe derivarse que el **interés protegido prevalece esencialmente** sobre aquel que fue menoscabado con la acción necesaria⁴⁰. El requisito “esencialmente” significa

³⁷ A la vista de la inseguridad relativa a la intención de las incursiones (violación de la esfera íntima, hurto agravado, robo, delito sexual o contra la vida o el cuerpo), se justificaron los disparos peligrosos para la vida ante la existencia de una amenaza permanente e incierta para la propia seguridad. En este sentido, con acierto, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 17; *Hruschka*, NJW 1980, pág. 22; *Hirsch*, JR 1980, págs. 116 ss.; *Schroeder*, JuS 1980, pág. 336; *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 74.

³⁸ Con ello se alude, al igual que en la legítima defensa, a la “necesidad” de la intervención bajo el estado de necesidad; vid. *Stree*, en *Roxin* y otros, Einführung págs. 40 ss.; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 34 núm. 50. El juicio de peligro es de naturaleza “ex ante” de acuerdo con la visión de un observador razonable que también posea los conocimientos especiales del autor. Así, *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 15. Por el contrario, *Jakobs*, Allg. Teil 13/13 se refiere al juicio del “experto competente”; *Schaffstein*, Bruns-Festschrift págs. 89 ss. lo hace al del observador razonable “que pertenezca al círculo del autor y *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 14 al “conocimiento experimentado del conjunto de la humanidad”. Sobre todo ello vid. *Lenckner*, Lackner-Festschrift págs. 95 ss.; *Dimitratos*, Das Begriffsmerkmal der Gefahr págs. 141 ss.

³⁹ El “caso de la gira de conciertos” (BGH 12, 299; al respecto, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 97) se resuelve de acuerdo con la cláusula de adecuación del § 34, inciso segundo, lo que conduce a negar la justificación en este supuesto (vid. *infra* § 33 IV 3d; una opinión diversa se manifestó en la 3.^a ed. de esta obra pág. 290). Por regla general, sólo muy excepcionalmente puede estar justificada de acuerdo con el § 34 la apropiación de recursos financieros ajenos (BGH NJW 1976, pág. 680).

⁴⁰ Acerca de los distintos factores vid. *Blei*, Allg. Teil págs. 166 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 34 núms. 10 ss.; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 12 A núms. 33 ss.; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 34 núms.

que en el caso concreto la preeminencia debe estar **fuera de toda duda**⁴¹. Ciertamente, en esta ponderación de intereses aparecen como factores importantes el valor de los bienes implicados y la cuantía del daño material y moral acaecido o esperado, pero no son los únicos elementos decisivos para la valoración. También deben ser sopesados la cercanía y gravedad del peligro que amenaza al bien protegido, el grado de aptitud de la acción necesaria para la elusión del peligro, el significado funcional de los bienes afectados, el carácter irreparable de la pérdida sufrida, la existencia de un deber de garante del autor frente a la víctima y la finalidad última que persigue el autor. También debe valorarse si el peligro amenaza precisamente el flanco que debe ser atacado⁴². De esta perspectiva concreta puede derivarse que, incluso, un bien jurídico de mayor rango como por ejemplo el interés en la integridad corporal, debe ceder ante la protección de un valor material que es en sí mismo de menor importancia, o que pueden ser infringidas disposiciones que están al servicio de la generalidad para evitar un riesgo inmediato para la vida o salud de un individuo.

Ejemplos: En la interrupción de un embarazo por indicación terapéutica los bienes afectados (la vida de la mujer y la del feto) son equivalentes; en caso de un simple daño a la salud materna la vida del niño es incluso de mayor valor. A pesar de ello interviene el § 218 a)⁴³. En un incendio de unos grandes almacenes los bomberos pueden hacer uso de los extintores incluso aunque exista el riesgo de que los espectadores curiosos se mojen y se resfríen. El médico puede sobrepasar el límite máximo de velocidad permitido para socorrer lo más pronto posible a un herido grave, siempre que lo haga con la máxima precaución posible de acuerdo con las circunstancias (OLG Frankfurt DAR 1963, pág. 244) y, especialmente, en la medida en que con su conducta no ponga a nadie en una situación de peligro concreto (OLG Karlsruhe VRS 46, 275). Por el contrario, un minusválido doblemente amputado no puede aparcar en la acera de su lugar de trabajo

53 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núms. 20 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 13/20 ss.; *Lenckner*, Notstand págs. 90 ss.; *el mismo*, GA 1985, págs. 295 ss.; *Küper*, GA 1976, pág. 518; *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núms. 22 ss.; *Hilgendorf*, Jus, 1993, págs. 100 ss.; *SK (Samson)* § 34 núms. 11 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 310.

⁴¹ Así, *Küper*, GA 1983, págs. 296 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 34 núm. 8; *Roxin*, *Oehler-Festschrift* pág. 184; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 45; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 458. De otra opinión por el contrario *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 34 núm. 76 (preeminencia cualificada); *Jakobs*, Allg. Teil 13/33 (el balance de intereses debe ser *considerablemente* positivodie). De forma incorrecta admite la justificación incluso en el caso de concurrir una equivalencia valorativa, *Delonge*, *Interessenabwägung* págs. 167ss.

⁴² Vid. la referencia de *Ortrun Lampe*, NJW 1968, pág. 90 a la analogía de los §§ 228 y 904 BGB. Profundizando sobre ello *Roxin*, *Jescheck-Festschrift* Tomo I págs. 457 ss., así como *infra* § 33 IV 5.

⁴³ Vid. la nota a pie núm. 15 (N del T).

(OLG Düsseldorf DAR 1982, pág. 336). A una persona ebria se le puede sustraer la llave de contacto de su vehículo para evitar que conduzca bajo los efectos del alcohol (OLG Koblenz NJW 1963, pág. 1991). La conducción del jefe de los coches de bomberos es adecuada a Derecho si, a pesar de que se encontraba incapacitado para conducir por haber bebido, era el único conductor disponible y se trata del rescate de accidentados (OLG Celle VRS 63, pág. 449; además, OLG Hamm VRS 20, pág. 232; OLG Koblenz NJW 1988, pág. 2316). Quienes han sido condenados por terrorismo pueden liberarse de su responsabilidad penal para rescatar a un rehén inmediatamente amenazado de muerte (Caso Lorenz)⁴⁴. En cambio, está siempre excluida una comparación valorativa entre los bienes si se tratara de una *diferenciación de las vidas humanas de carácter puramente cuantitativa o, incluso, cualitativa*. Por este motivo no pudo reconocerse el estado de necesidad supralegal a los médicos que habían colaborado en centros de aniquilamiento mediante la confección de listas de exterminio, con la finalidad de salvar por lo menos a una parte de sus pacientes (OGH 1, 321 [334]; 2, 117 [121]; BGH NJW 1953, pág. 513 [514])⁴⁵.

La situación de estado de necesidad **no** tiene por qué desarrollarse **sin culpa**, pero su presencia puede desempeñar su papel en la ponderación de intereses. Además, al autor que culpablemente ha colocado a un bien jurídico suyo en la situación de necesidad, puede serle exigida responsabilidad *por este motivo*⁴⁶.

Ejemplo: El interesado circulaba con su camión, completamente cargado de excrementos, de un modo descuidado por un estrecho y poco estable camino vecinal, hasta que su vehículo fue a parar al interior de una zanja. El vertido en el campo de la carga fue justificado de acuerdo con el § 16 OWiG para evitar un daño importante en el camión. En cambio, es admisible una sanción administrativa pecuniaria si la

⁴⁴ De acuerdo con esta tesis Krey, ZRP 1975, págs. 97 ss. quien sostiene la teoría, desde luego rechazable, de la existencia de un espacio de valoración dentro del cual la decisión evidencia "un acto de soberanía extraño a la justicia" (pág. 100); además, Küper, Darf sich der Staat erpressen lassen? pág. 141; Lange, NJW 1978, pág. 784; Schönke/Schröder/Lenckner, § 32 núm. 7; BGH 27, 260 (262 ss.) ("resolución sobre la prohibición de contactos"); BVerfGE 46, 160 (164 ss.) ("Caso Schleyer"); 46, 214 (223 ss.) ("Caso Pohle). En contra de la aplicabilidad del § 34 a actos de soberanía Amelung, NJW 1977, pág. 833; el mismo, NJW 1978, pág. 623; Böckenförde, NJW 1978, págs. 1883 ss.; Jakobs, Allg. Teil 13/42; LK (11.ª) (Hirsch) § 34 núms. 6 ss. con una detenida fundamentación; SK (Samson) § 32 núm. 5b; Sydow, JuS 1978, pág. 222; también a favor de su intervención en bienes jurídicos del Estado y de la colectividad Hirsch, Ciegla-Festschrift págs. 126 ss.

⁴⁵ Al respecto vid. Eb. Schmidt, SJZ 1949, pág. 559; Welzel, ZStW 63 (1951) pág. 47 y MDR 1949, pág. 373; Krey, JuS 1971, pág. 248. A favor de la justificación, por el contrario, Mangakis, ZStW 84 (1972) pág. 477.

⁴⁶ Así, Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 347; Dreher/Tröndle, § 34 núm. 6; Dencker, JuS 1979, pág. 779; LK (11.ª) (Hirsch) § 34 núm. 70; Küper, "Verschuldeter" Notstand págs. 21 ss.; Roxin, Allg. Teil I § 16 núm. 50; Küpper, JuS 1990, pág. 188; Schönke/Schröder/Lenckner, § 34 núm. 42.

circulación por el camino vecinal si hubiera constituido ya de por sí una infracción administrativa (BayObLG NJW 1978, pág. 2046). Por el contrario, quien salta en llamas al vacío de un granero cuyo incendio ha provocado imprudentemente, debe soportar ser empujado hacia un lado por alguien a quien le había obstruido la vía por la que poder huir, al hacerse él mismo responsable por el estado de necesidad (BGH NJW 1989, 2479 [2481]).

d) Pero incluso cuando el valor protegido por el hecho prevalece claramente sobre el sacrificado, no siempre está dicho hecho justificado. Y es que la acción necesaria no sólo debe servir para preservar el valor sino que también debe ser “adecuada”, lo que significa que en la situación concreta el vencimiento del estado de necesidad por medio del menoscabo del interés en conflicto, debe aparecer fundado, digno de aprobación y estar permitido en interés de la Justicia. El juez debe, por tanto, llevar a cabo **dos valoraciones**⁴⁷. La clásica sentencia RG 61, 242 ya expresa esta idea cuando impuso como condición de la intervención “el consentimiento real o presunto de la embarazada” (pág. 256) (asimismo, § 218 a II⁴⁸). La cláusula de adecuación ha sido asumida expresamente en el § 34, inciso segundo, y en el § 16, también inciso segundo, OWiG para adaptar también la cuestión del estado de necesidad “a los valores reconocidos por la colectividad” (vid. la fundamentación del E 1962 pág. 159; BT-Drucksache V/4095 pág. 15). Del primero de los preceptos mencionados han sido deducidas, entre otras, las siguientes restricciones: no se puede apelar al estado de necesidad cuando el autor ha incumplido un procedimiento determinado que el Ordenamiento jurídico

⁴⁷ La cláusula de adecuación es considerada a menudo como una fórmula vacía y superflua, al estar ya considerados todos los puntos de vista en la ponderación de intereses; así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 351; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 100; *Küper*, JZ 1980, pág. 755; *Krey*, ZRP 1975, pág. 98; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 46; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 43. De acuerdo con *Roxin*, Allg. Teil I § 16 núm. 85 la cláusula de adecuación sólo fija a la dignidad humana como “advertencia interpretativa vinculante” para el primer inciso del § 34. No obstante, su significado autónomo reside en que, por motivos derivados del Ordenamiento jurídico en su conjunto, a menudo un interés esencialmente preeminente no puede ser impuesto a través de la intervención motivada por un estado de necesidad; así, *Dreher/Tröndle*, § 34 núm. 12; *Göhler*, § 16 OWiG núm. 12; *Grebing*, GA 1979, págs. 89 ss.; *Amelung/Schall*, JuS 1975, pág. 569; *Kienapfel*, ÖJZ 1975, pág. 429; *Hruschka*, JuS 1979, pág. 390; *Joerden*, GA 1991, págs. 411 ss.; *Lackner*, § 34 núm. 14; *Kühl*, Allg. Teil § 34 núms. 166 ss.; *Preisendanz*, § 34 anotación 3c; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 460; *Wessels*, Allg. Teil núm. 321. Adoptan una posición ecléctica, *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 12 A núms. 39 ss. *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 32 núm. 79 (“cláusula de control”); *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núm. 38. También en el sentido del texto BGH NJW 1976, pág. 680 (681) en relación con la apropiación indebida de un abogado del dinero de su mandante.

⁴⁸ Vid. nota a pie núm. 15 (N del T).

prevé para la superación de un peligro⁴⁹. Antes de emprender la acción necesaria debe intentarse primero conseguir el consentimiento del interesado⁵⁰. No puede acogerse al estado de necesidad quien a causa de su posición está obligado a tolerar el peligro. El considerable alcance dañino de las consecuencias producidas (vgr., la conmoción de la confianza en el mantenimiento del secreto médico) pueden excluir el una justificación. La autonomía y la dignidad del interesado también pueden eliminar la justificación del hecho cometido por necesidad⁵¹.

Ejemplos: Para descubrir un delito de tráfico de drogas la policía no puede infiltrar a un enlace, sino que está vinculada por las disposiciones relativas a la investigación de la StPO (de otra opinión OLG München NJW 1972, pág. 2275 con comentario disidente de Otto, NJW 1973, pág. 668 y Amelung/Schall, JuS 1975, págs. 596 ss.). La facultad de las autoridades vinculadas en la persecución penal de llevar a cabo escuchas e interceptaciones de conversaciones telefónicas está regulada de modo concluyente en los §§ 100a, 100b StPO; aquí la aceptación del estado de necesidad sólo es posible en supuestos completamente extraordinarios (BGH 31, 304 [307]). Asimismo, la visita del letrado defensor al inculcado cuando está en prisión preventiva (§ 48 StPO) sólo puede ser prohibida bajo circunstancias extraordinariamente atípicas (aquí: aumento del peligro para la vida de la víctima de un secuestro) (BGH 27, 260). Por el contrario, incluso en casos de criminalidad grave, el interés en la obtención de medios de prueba no es suficiente para justificar la grabación de una conversación del acusado mediante un dispositivo de escucha (BGH 34, 39 [51 ss.]). Por regla general, la apropiación de dinero ajeno no está justificada por el § 34 pues las situaciones de necesidad que pueden arreglarse con dinero la mayoría de las veces pueden cubrirse por otro procedimiento o, sencillamente, deben ser consideradas como irremediables (de otra opinión, BGH 12, 299 [304 ss.]). Es inadmisibles la extracción de sangre de un fallecido con fines probatorios, pues existen procedimientos especiales para el aseguramiento de pruebas anticipadas o preconstituidas (con un criterio diverso, OLG Frankfurt JZ 1975, pág. 379 con comentario disidente de Geilen JZ 1975, pág. 380; restrictivamente sin embargo, OLG Frankfurt NJW 1977, pág. 859). El soldado, bombero, o funcionario de policía debe responsabilizarse de la protección frente a peligros reales para el cuerpo y la vida, no pudiendo apelar al estado de necesidad cuando infringen su deber. Quien visita un hospital que casualmente posee un grupo sanguíneo poco frecuente que se necesita en ese instante, no puede ser obligado a la donación de sangre pues la prestación de auxilio en tales casos es un acto de libertad moral⁵². Un paciente no puede ser sometido a experimentos médicos en contra de su

⁴⁹ De acuerdo también en este punto SK (Samson) § 34 núm. 22.

⁵⁰ Vid. Eser/Burkhardt, Strafrecht I núm. 12 A núm. 43.

⁵¹ También a favor de este caso, Roxin, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 466 nota a pie núm. 30.

⁵² Así, Gallas, Beiträge pág. 70; Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 462; Wessels, Allg. Teil núm. 321; Schönke/Schreöder/Lenckner, § 34 núm. 41e. De otra opinión Roxin, Jescheck-Festschrift

voluntad, incluso aunque éstos sean de una alta trascendencia para el avance de la medicina, porque también atentaría contra su derecho a la autodeterminación. Asimismo, es inadmisibles el trasplante de órganos sin la conformidad del donante vivo, incluso aunque la vida de un paciente dependa de ello. También en el trasplante de órganos de personas fallecidas debe haberse expresado en vida su aprobación.

4. El *auxilio necesario* también es admisible en el estado de necesidad justificante. También aquí el autor debe actuar *con voluntad de socorrer*, tal y como expresamente se explicita en el § 34 StGB y el § 16 OWiG⁵³. Por el contrario, si objetivamente concurren los presupuestos del estado de necesidad, *no se requiere* que el autor haya llevado a cabo un *examen concienzudo* (de otra opinión, RG 62, 137 [138])⁵⁴. La infracción del examen conforme a deber sólo adquiere significado cuando faltan los presupuestos objetivos y el autor tendría que haberse dado cuenta de ello con un análisis meditado de la situación (vid. acerca del error *infra* § 41 IV 2).

5. La regulación del § 34 relativa al estado de necesidad justificante es también aplicable a los casos en los que el peligro procede de una persona y no puede recurrirse a la legítima defensa (**estado de necesidad defensivo motivado por personas**)⁵⁵. A estos supuestos pertenece la defensa frente a un perjuicio inminente que proviene de una persona que carece de la cualidad de acción como, por ejemplo, el conductor de un vehículo que sin infracción de diligencia alguna se sube a la acera desplazado por el hielo (vid. *supra* § 32 II 1a). Asimismo, concurre este estado de necesidad frente a un peligro desencadenado por una persona en el caso de la necesidad de dar muerte al niño durante el nacimiento para salvar a la madre o para evitarle la producción de un grave daño a la salud, una complicación que bien puede suceder si no se hace a tiempo una cesárea. Finalmente, son enjuiciables de acuerdo con el § 34 aquellos supuestos en los que, si bien no

Tomo I pág. 471 nota a pie núm. 40; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 350; *Delonge*, Interessensabwägung págs. 150 ss. Dudoso *Jakobs*, Allg. Teil 13/25.

⁵³ *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 34 núms. 45 ss.; por el contrario, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 48 y *Kühl*, Allg. Teil § 8 núm. 153 exigen aquí también el conocimiento de la situación de necesidad.

⁵⁴ En esta dirección camina la doctrina mayoritaria; vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 49 con referencias adicionales; *Göhler*, § 16 OWiG núm. 13. De otra opinión, *Blei*, Allg. Teil pág. 150.

⁵⁵ Sobre ello, fundamentalmente, *Roxin*, *Jescheck-Festschrift* Tomo I págs. 468 ss. Asimismo, *Lackner*, § 34 núm. 9; *Küper*, *Grund- und Grenzfragen* págs. 72, 122; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 32 núm. 31; *SK* (*Samson*) § 34 núm. 16. Con razón quiere *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 34 núms. 73 ss. aplicar aquí el pensamiento jurídico del § 228 BGB, mientras que *Günther*, *Strafgesetzwidrigkeit* págs. 337 ss. acepta una "causa de exclusión del injusto penal".

existe actualidad en el peligro, éste es siempre inminente (encierro transitorio de la madre enferma mental al presentarse situaciones de excitación, BGH 13, 197; disparo sobre el mirón ["Spanner"] que aterrorizaba a un matrimonio y que ya había comenzado la huida, BGH NJW 1979, pág. 2053).

V. El conflicto de deberes de naturaleza justificante

1. Un caso específico del estado de necesidad justificante⁵⁶ es el conflicto de deberes. Éste existe cuando, encontrándose alguien obligado por un deber jurídico, sólo puede cumplir con él a costa de otro que le obliga igualmente, por lo que la infracción del deber contra el que atenta se muestra como una acción u omisión conminada con pena (RG 59, 404, 406 ss.).

Hay que distinguir **tres grupos de casos**⁵⁷. Un *deber de acción* puede entrar en conflicto con un *deber de omisión*. Esta es la hipótesis en la que, por ejemplo, un médico rompe su secreto profesional al que está obligado frente a uno de sus pacientes (deber de omisión), para prevenir a otro de sus pacientes de un riesgo de contagio (deber de acción) (RG 38, 62 [64]). También pueden concurrir *dos deberes de acción* de forma que sólo uno de ellos pueda ser cumplido. Esta situación acaece, verbigracia, cuando habiendo sido internados al mismo tiempo dos heridos graves en el hospital, el médico tan sólo conecta a uno de ellos a la única máquina de respiración y circulación asistida existente, debiendo dejar morir al otro. Finalmente, pueden asimismo colisionar de tal modo *varios deberes de omisión*, que al autor no le quede ninguna posibilidad de acción permitida. Esto rige para el "conductor suicida" que circula por la autopista, puesto no puede pararse, ni seguir conduciendo, ni tampoco dar marcha atrás (según la OLG Karlsruhe JZ 1984, pág. 240 con comentario de *Hruschka*, en este caso el giro cauteloso en sentido contrario está permitido de acuerdo con el § 16 OWiG). El conflicto de deberes se diferencia del estado de necesidad común en que aquí en todo caso el autor *debe* infringir uno de los deberes implicados. Un mero deber moral no puede ser sin embargo suficiente para dar lugar al conflicto de deberes (con otra postura AG Balingen NJW 1982, pág. 1006).

⁵⁶ Asimismo, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 468; en contra *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 74 antes del § 32 quien, a pesar de un cierto parentesco con el estado de necesidad justificante, acepta aquí la existencia de una causa de justificación autónoma.

⁵⁷ Vid. *Jansen*, *Pflichtenkollisionen* pág. 10; *Küper*, *Grund-und Grenzfragen* págs. 18 ss.; *Schönkel/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 71 ss. antes del § 32; *SK* (*Samson*) § 34 núms. 26 ss.

a) En el tratamiento del conflicto de deberes hay que distinguir entre los casos en los que jurídicamente puede ser llevada a cabo una **graduación del rango de los intereses concurrentes**, y aquellos otros en los que una diferenciación de esta naturaleza no es posible⁵⁸. La ponderación de los deberes se efectúa aquí de acuerdo con los principios del estado de necesidad justificante con lo que, naturalmente, hay que tener en cuenta que ante la necesidad de infringir uno de los dos deberes goza de preferencia el deber que mínimamente aventaje al otro. Aquí no sólo resulta decisiva la relación proporcional de los bienes jurídicos a los que se refieren los deberes respectivos, sino que más bien lo que resulta ser concluyente es si en atención al conjunto de los deberes implicados, a la finalidad última perseguida por el autor y bajo la observancia de los valores reconocidos por la colectividad, uno de los deberes se presenta como *superior* al otro. La infracción operada de este modo está cubierta por el conflicto de deberes de naturaleza justificante. Lo más sencillo de determinar es la proporción valorativa de los deberes cuando es inequívoca la diferencia de rango de los bienes jurídicos a los que aquéllos van referidos. Por regla general, hay que cumplir el deber relacionado con el bien superior a costa del menor, pero la relación también puede invertirse en atención a las circunstancias adicionales a considerar. Estos principios rigen para los tres grupos de casos del conflicto de deberes⁵⁹.

Ejemplos: El depositario puede no devolver un instrumento al propietario si sabe que éste será utilizado para un aborto (RG 56, 168 [170 ss.]). El implicado en un accidente debe dejar de observar el deber de espera (§ 142) si es necesario conducir a un herido al hospital para evitar un peligro para la vida o la salud (conflicto entre un deber de acción y otro de omisión). Si han caído por la borda un pasajero y una maleta, el capitán del barco no puede rescatar ésta a costa de aquél. El soldado no debe abandonar el campo de batalla para auxiliar a una víctima (conflicto entre dos deberes de acción). Ante un choque frontal inminente el conductor del vehículo no puede seguir conduciendo con la misma velocidad si el riesgo de usar los frenos es menor para los vehículos que le siguen (conflicto entre dos deberes de omisión).

b) Si, por el contrario, en atención al valor de los bienes jurídicos implicados y todas las circunstancias restantes, los deberes en conflicto son *equivalentes*, entonces hay que seguir un criterio diferenciador en relación con los tres grupos de casos aludidos anteriormente. Si concurren un **deber de acción con un deber de**

⁵⁸ Vid. *v. Weber*, Kiesselbach-Festschrift págs. 234 ss.; *Gallas*, Beiträge págs. 59 ss.; *Lackner*, § 34 núm. 15.

⁵⁹ Esta es la visión más extendida; vid. *Jakobs*, Allg. Teil 15/16 ss.; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 78, antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 27 núm. 52; *SK* (*Samson*) § 34 núm. 28; *Schönke/Schröder/Leckner*, nota preliminar núm. 75 antes del § 32.

omisión, en la mayoría de las ocasiones se admite la preferencia de este último y, de acuerdo con ello, está justificada la infracción por omisión del deber de acción que le obliga de modo simultáneo⁶⁰. Pero, en todo caso, esto no puede ser válido para los supuestos en los que la omisión del autor conduce a la muerte de una persona a la que aquél tendría que haber podido y debido rescatar, porque la vida humana es el bien de mayor valor que interviene en la ponderación.

Ejemplos: En un pequeño hospital hay un único aparato de respiración asistida. Si el paciente A respira con dicho dispositivo y el paciente B cae de repente en una situación de asfixia peligrosa para su vida, el médico que los trata no puede ni matar al paciente A mediante la retirada del aparato ni desatender su deber de auxilio frente a B privándole del artefacto en cuestión⁶¹. Algo parecido sucedió con el caso de la “eutanasia y los médicos” que, en tiempos del nacional-socialismo, se encontraron ante la siguiente disyuntiva: o incluir en una lista los “casos desahuciados” de algunos de los enfermos mentales confiados a ellos entregándolos a la muerte, o ser despedidos de sus puestos con la consecuencia de que otros médicos más sumisos hubieran enviado más enfermos mentales a tan trágico final. Tampoco aquí se plantea una justificación, por ser irrelevante la forma en la que los médicos resolvieron el dilema (vid. OGH 1, 321 [336 ss.]; 2, 117 [1221; BGH NJW 1953, pág. 513 [514]]).

En contra de la tesis de la doctrina mayoritaria, si los deberes en disputa están referidos a intereses de menor rango (por ejemplo, si la retirada u omisión, respectivamente, sólo conducen a un daño a la salud) tampoco puede ser aceptada una justificación para el caso en el que el autor desatienda el deber de acción; del § 13 se deduce que en Derecho penal los deberes de acción y de omisión se consideran de igual rango⁶². De ahí que sólo se plantee una *exculpación* del autor en un conflicto de deberes de un carácter tan trágico.

c) Lo mismo sucede para el caso en el que se enfrentan **dos deberes de acción equivalentes**. El autor aquí también obra antijurídicamente en atención al deber incumplido. No obstante, mayoritariamente se acepta que en una situación de esta naturaleza en cierto modo el Ordenamiento jurídico “deja libertad” al autor,

⁶⁰ Así, *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 11 antes del § 32; *Küper*, Grund-und Grenzfragen pág. 119; *el mismo*, JuS 1987, pág. 90; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 76 antes del § 32; *Jansen*, Pflichtenkollisionen págs. 56 ss.; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 137; *Lenckner*, Notstand págs. 5, 27; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 688; *Welzel*, Lehrbuch pág. 219.

⁶¹ En torno a este supuesto vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 185; *Krey*, JuS 1971, págs. 248 ss.; *Küper*, JuS 1971, págs. 474 ss.; *LK* (9.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 179 antes del § 51; *Roxin*, Engisch-Festschrift pág. 400.

⁶² Así, *Androulakis*, Unterlassungsdelikte págs. 127 ss.; *Gallas*, Beiträge págs. 74 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 11 antes del § 32; *Haft*, Allg. Teil pág. 102.

de forma que en todo caso estaría justificado sea cual sea el deber que observe⁶³. Incluso, para otra tesis el hecho cae aquí en un “ámbito extrajurídico”⁶⁴.

Ejemplos: Dos heridos en un accidente, con las mismas posibilidades de supervivencia, son trasladados al mismo tiempo a un hospital donde el médico-jefe elige a uno de ellos para ser conectado al único aparato existente de respiración asistida y dejando morir al otro. En un incendio en el que, encontrándose en peligro de muerte dos niños, el padre sólo puede rescatar a uno de ellos falleciendo por tanto el segundo.

Lo mismo tiene que suceder con el **conflicto de deberes de omisión equivalentes**. En el caso del “conductor suicida” donde era consciente de su situación en la autopista, los distintos deberes de omisión no son valorativamente asimilables: por ello aquél puede y debe elegir la alternativa menos arriesgada (girar en sentido contrario de forma cautelosa) (OLG Karlsruhe JZ 1984, pág. 240 con comentario de *Hruschka*).

2. Con la exclusión de la justificación todavía no se dice nada acerca de la punibilidad. Ciertamente, y en contra de la tesis dominante, la irresoluble **contradicción de deberes equivalentes** no puede conducir a que, en todo caso, el autor actúe conforme a Derecho tome la decisión que tome, pues para el Ordenamiento jurídico el cumplimiento de un deber es tan importante como el otro. No obstante, el conflicto de intereses equivalentes puede ser una *causa de exclusión de la culpabilidad* (vid. *infra* § 47 I 2)⁶⁵.

VI. La autorización oficial como causa de justificación

1. En algunas disposiciones de la Parte Especial (vgr., en §§ 284 ss., 324 ss.⁶⁶) y con frecuencia en el Derecho penal especial (por ejemplo, § 23 ApothekenG, § 29 BtMG, § 21 StVG, § 53 WaffG), la punibilidad de un determinado com-

⁶³ En este sentido, *Hruschka*, *Dreher-Festschrift* págs. 192 ss.; *Mangakis*, *ZStW* 84 (1972) pág. 447; *Otto*, *Pflichtenollision* pág. 130; *Küper*, *Grund-und Grenzfragen* pág. 118; *el mismo*, *JuS* 1987, pág. 89; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 72 antes del § 32; *Roxin*, *Allg. Teil* I § 16 núm. 103; *Jakobs*, *Allg. Teil* 15/6; *Maurach/Zipf*, § 27 núm. 55; *Schmidhäuser*, *Studienbuch* pág. 412; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 73; *SK* (*Samson*) § 34 núm. 29.

⁶⁴ Así, *Blei*, *Allg. Teil* pág. 214; *Arthur Kaufmann*, *Maurach-Festschrift* págs. 336 ss.; *Dingeldey*, *Jura* 1979, pág. 482.

⁶⁵ Asimismo, *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 11 antes del § 32; *Gallas*, *Beiträge* págs. 75 ss.; *Haft*, *Allg. Teil* pág. 102. También aquí a favor de una “exclusión del injusto penal” *Günther*, *Strafreltswidrigkeit* pág. 333.

⁶⁶ Acerca de la diferente formulación de la reserva de autorización en Derecho penal ambiental *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 12 antes del § 324.

portamiento se hace depender de que el autor carezca de una autorización oficial. En estos casos surge la pregunta de si esta última se configura como un elemento del tipo de carácter negativo como, por ejemplo, el actuar “sin el consentimiento de los padres” en el § 236⁶⁷ (vid. *supra* § 25 III 3), de modo que la existencia de tal aprobación haga decaer el tipo mismo, o si por el contrario se trata de una causa de justificación que excluye la antijuricidad⁶⁸. La respuesta a esta pregunta depende de qué finalidad posee el requisito de la autorización en relación con el correspondiente mandato o prohibición. Si se trata de un comportamiento peligroso o no deseado que sólo excepcionalmente puede ser permitido, entonces la aprobación oficial es una causa de justificación tal y como, por ejemplo, sucede en el delito de establecimiento ilegal de juegos de azar (§ 284)⁶⁹. Por el contrario, si el requisito sirve sólo para una mejor supervisión de una actividad en sí misma deseada o, por lo menos, socialmente convencional, entonces actúa típicamente quien carece de la necesaria autorización (por ejemplo, la circulación sin permiso de conducir (§ 21 StVG)).

2. En el último supuesto mencionado el interés del Estado consiste simplemente en ejercitar un control para determinar si la fuente de peligro es dominada correctamente y si las personas que intervienen en este ámbito poseen los conocimientos y formalidades necesarias. El contenido de injusto de la conducción sin permiso reside aquí únicamente en que se ha frustrado o dificultado el esfuerzo de las autoridades en el obligado control de la actividad (delitos de desobediencia pura). Así pues, la ausencia de la autorización oficial en este supuesto es un **elemento del tipo**⁷⁰.

Ejemplos: En la conducción de un vehículo a motor la ausencia del permiso de conducir es un elemento del tipo (§ 21 I, II StVG), pues la disposición tiene el sentido de

⁶⁷ El § 236 StGB en su redacción anterior regulaba el secuestro de una menor de dieciocho años con fines sexuales llevado a cabo de acuerdo con su voluntad. Actualmente esta figura ha desaparecido y el § 236 StGB se dedica ahora a la tipificación del tráfico de niños (N del T).

⁶⁸ *Jakobs*, Allg. Teil 16/28; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 160 antes del § 32; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 5 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 29 núm. 17; *Rengier*, ZStW 101 (1989) págs. 878 ss.; *Winkelbauer*, Verwaltungsakzessorietät pág. 20; *Goldmann*, Behördliche Genehmigung págs. 93 ss., 128 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 61 antes del § 32.

⁶⁹ Así, BVerfGE 28, 119 (148); *Jakobs*, Allg. Teil 16/29; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 160 antes del § 32. De otra opinión *Dreher/Tröndle*, § 284 núm. 15; *Lackner*, § 284 núm. 12; *LK* (10.^a) (*v. Bubnoff*) § 284 núm. 14; *Schönke/Schröder/Eser*, § 284 núm. 18 (exclusión de la tipicidad).

⁷⁰ Vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 156; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar n. 160 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 61 antes del § 32.

posibilitar a la autoridad un control sobre la aptitud e idoneidad del solicitante a través del requisito del examen de conducir. Lo mismo sucede con el ejercicio de la medicina de acuerdo con el § 5 de la HeilpraktikerG y con el funcionamiento de instalaciones atómicas (§ 327)⁷¹.

La existencia de la autorización oficial cubre también eventuales efectos secundarios dañinos. De ahí que el ruido causado por el funcionamiento autorizado de una industria no constituya una perturbación antijurídica del culto religioso (RG 35, 150 [151]), porque el Estado ha considerado que son socialmente adecuados los riesgos asociados a la actividad a través de un procedimiento de autorización.

3. Sin embargo, la autorización administrativa es una **verdadera causa de justificación** en los casos en los que la acción no es socialmente útil o, como mínimo, valorativamente neutra sino que, para que deba ser autorizada, exige una ponderación de intereses frente a los de la colectividad⁷². La autorización oficial justificante es un supuesto especial del estado de necesidad del mismo carácter, lo que trae por consecuencia que el requisito de la autorización prevalece y que, incluso, en una situación de necesidad un comportamiento espontáneo no está justificado conforme al § 34⁷³. Si la autorización se supedita a una condición, aquélla sólo justifica la acción en sí misma prohibida cuando se cumpla la citada condición. Como elemento subjetivo de justificación aquí también se exige la actuación *sobre la base* de la autorización.

Ejemplos: La autorización oficial es una causa de justificación en la utilización de sustancias estupefacientes (§ 29 I núm. 1 BtMG), en la importación de explosivos (§ 15 SprengG), en el trabajo con agentes patógenos (§ 19 I BSeuchG) y en la contaminación de las aguas (§ 324)⁷⁴.

4. Una autorización oficial que es *nula* según el Derecho administrativo carece de efecto alguno⁷⁵. Lo mismo sucede, de conformidad con la teoría del consentimiento (vid. *infra* § 34 IV 5), cuando la autorización se obtiene mediante *violencia* o *engaño*⁷⁶ (así, expresamente, el § 330d núm. 5). Esto, sin embargo,

⁷¹ Así, Dölling, JZ 1985, pág. 462; Horn, NJW 1988, pág. 2337; Heine/Meinberg, DJT-Gutachten D pág. 46.

⁷² Vid. Goldmann, Behördliche Genehmigung págs. 128 ss.

⁷³ Así, Roxin, Allg. Teil I § 17 núm. 48; Winkelbauer, NSTZ 1988, págs. 340 ss., 343.

⁷⁴ Así, Rudolphi, NSTZ 1984, pág. 196; Tiedemann/Kindhäuser, NSTZ 1988, págs. 340 ss., 343.

⁷⁵ Frisch, Verwaltungsakzessorietät págs. 102 ss.; Schönkel/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 62 antes del § 32.

⁷⁶ Frisch, Verwaltungsakzessorietät págs. 72 ss.; Roxin, Allg. Teil I § 17 núm. 47; Schönkel/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 63 antes del § 32; por el contrario, a favor de una rigurosa accesoriedad administrativa LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núms. 164 ss. antes del § 32.

no puede regir para la autorización que excluye el tipo en la que basta su mera existencia sin consideración a su corrección material⁷⁷. Por lo demás, una autorización oficial correcta es eficaz hasta su revocación incluso aunque el autor conozca la irregularidad⁷⁸.

VII. Derecho extranjero

También en el extranjero se tiene en cuenta la problemática en la que se basa el *estado de necesidad justificante*, y en su mayor parte, se alcanzan los mismos resultados a los que llega la doctrina y jurisprudencia alemana. Esto evidencia que las cuestiones aquí involucradas están vinculadas con un principio general de la justicia. El Derecho *austríaco* coincide en este punto con el alemán⁷⁹, incluso sin poseer una disposición que se corresponda con el § 34 alemán. En *Suiza* es el art. 34 schweiz. StGB la disposición que regula positivamente el estado de necesidad y que es considerada como una causa de justificación⁸⁰. En *Francia*, los casos inequívocos de conflicto de bienes jurídicos son considerados impunes de acuerdo con los principios del “*état de nécessité*”; sin embargo, el ámbito de aplicación de este “*fait justificatif*” comprende también supuestos de según el Derecho alemán pertenecerían al estado de necesidad exculpante⁸¹. El Código penal de 1994 contiene una regulación del estado de necesidad justificante en el art. 122-7 donde se refleja la jurisprudencia de su Tribunal de Casación, que establece como requisitos de esta figura el peligro actual para personas o bienes, la necesidad de la intervención para su salvaguardia y la proporcionalidad⁸². También la disposición del estado de necesidad

⁷⁷ En la autorización justificante obtenida mediante engaño o violencia, *Lenckner*, Pfeiffer-Festschrift págs. 39 ss. considera la revocación como una condición objetiva de punibilidad, pues no merece ninguna protección quien actúa en base a una autorización oficial obtenida capciosamente.

⁷⁸ *Dölling*, JZ 1985, pág. 469; *Tröndle*, K. Meyer-Gedächtnisschrift pág. 624; *Frisch*, Verwaltungszakzessorietät págs. 81 ss. (fuera de la concreta puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos).

⁷⁹ Vid. *Rittler*, Tomo I pág. 144; *el mismo*, OGH-Festschrift pág. 249; *Kienapfel*, ÖJZ 1975, pág. 421 ss.; *el mismo*, Der rechtfertigende Notstand págs. 39 ss.; *WK (Nowakowski)* nota final núms. 3 ss. al § 3. El OGH también ha asumido la teoría diferenciadora (OGH ÖRiZ 1959, pág. 63; JBl 1972, pág. 623).

⁸⁰ *Haftner*, Allg. Teil pág. 157; *Schultz*, Einführung I pág. 163; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 198 ss; *Schwander*, Das schweiz. StGB págs. 81 ss. con referencias jurisprudenciales; importante es, sobre todo, la BGE 75 (1949) IV 49. El Anteproyecto de *Hans Schultz* (1985) pág. 54 pretende eliminar acertadamente del estado de necesidad el requisito de la ausencia de culpa.

⁸¹ *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 354-1; *Merle/Vitu*, Traité I núm. 445; Cass. v. 25.6.1958, D.PÁG. 1958, 693; Cass. v. 27.12.1961, J.C.PÁG. 1962, II 12652; Cass. v. 21.11.1974, J. C. PÁG. 1975, II 18143.

⁸² Al respecto, *Desportes/Le Gunehec*, Présentation núm. 34; *Pradel*, Le nouveau Code pénal núm. 43.

en Derecho *italiano* (art. 54 C.p.) es una causa de justificación⁸³, aunque se encuentra limitado a la protección de las personas. El Proyecto propone en su art. 17.3.º la introducción de una disposición especial que recoge el estado de necesidad exculpante⁸⁴. En el Derecho *belga*, donde no existe ningún precepto relativo al estado de necesidad, se discute además si se trata de una causa de justificación o de exculpación⁸⁵. El Derecho *español* contiene en el art. 8.7.º C.p.⁸⁶ una disposición general sobre el estado de necesidad, que sobre todo determina que el daño causado a través de la acción necesaria no puede ser mayor que el daño que pretende evitarse. Para la justificación se exige una diferencia valorativa en beneficio del interés protegido⁸⁷. El Derecho *holandés* previene en el art. 40 W.v.S. una escueta regulación sobre el "overmacht"⁸⁸. En Derecho *inglés* el caso más importante, esto es, el de la interrupción del embarazo, se encuentra regulado en la secc. 1.ª del Infant Life (Preservation) Act 1929, así como en la secc. 1.ª del Abortion Act de 1967. Hipótesis adicionales se discuten por la doctrina bajo la voz de "necessity"⁸⁹. El Derecho *americano* trata conjuntamente el estado de necesidad de bienes junto con el estado de necesidad exculpante bajo el concepto de "necessity" pero, sin embargo, separa del mismo el estado de necesidad agresivo ("duress")⁹⁰. Las secc. 3.02, 2.09 del Código Penal Modelo no marca en este punto restricción de ningún tipo. En *Brasil* se distingue

⁸³ Así, *Fiandaca/Musco*, Diritto penale pág. 224; *Romano*, Rechtfertigung pág. 121. De otra opinión, *Scarano*, La non esigibilità págs. 117 ss. Sobre todo ello *Azzali*, Stato di necessità págs. 356 ss.

⁸⁴ Esto contribuiría a clarificar el tema, pues en la doctrina no se recoge de modo inequívoco; vid. los ejemplos para el art. 54 C.p. de *Mantovani*, Diritto penale pág. 273.

⁸⁵ *Dupont/Verstraeten*, Handboek núm. 384. Desarrolla una clara distinción por el contrario, *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núms. 213, 223.

⁸⁶ La referencia a este precepto debe entenderse realizada al art. 20.5.º del Código penal de 1995 (N del T).

⁸⁷ *Antón Oneca*, Derecho penal pág. 265; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 567 ss.; *Cerezo Mir*, Hilde Kaufmann-Gedachtnisschrift págs. 689 ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal pág. 396; *Córdoba Rodal/Rodríguez Mourullo*, art. 8.7.º comentario II. *Gimbernat Ordeig*, Rechtfertigung pág. 76 acepta la justificación también en el caso de equivalencia de los bienes jurídicos. Al respecto, también, *Perron*, Rechtfertigung págs. 191 ss.

⁸⁸ La doctrina incluye también bajo este precepto supuestos del estado de necesidad justificante; vid. *Pompe*, Handboek págs. 130 ss.; *el mismo*, Das niederländische Strafrecht págs. 72 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Rommelink*, Inleiding págs. 298 ss.; *Jescheck*, Criminal Law in Action pág. 9.

⁸⁹ Vid. *Grünhut*, Das englische Strafrecht págs. 205 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law págs. 245 ss. (págs. 250 ss.: en el accidente de circulación de Ostende el homicidio de una persona que impedía el camino de salida fue considerado como "not necessarily murder" y finalmente no fue perseguido); *Cohen*, Modern Doctrine of Necessity págs. 976 ss. (desde una perspectiva de Derecho comparado); *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 724 ss.; *Pröchel*, Notstand págs. 51 ss.

⁹⁰ Vid. *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo II págs. 45 ss. ("lesser evils defense"), 377 ss. ("duress"); *Honig*, Das amerikanische Strafrecht págs. 157 ss.; *Etzel*, Notstand págs. 119 ss.

claramente entre estado de necesidad justificante y exculpante⁹¹, aunque el art. 24 integra ambos casos bajo el concepto de la inexigibilidad.

§ 34 Consentimiento y consentimiento presunto del ofendido

Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981; *el mismo*, Die Zulässigkeit der Einwilligung bei den Amtsdelikten, Festschrift für H. Dünnebieber, 1982, pág. 487; *el mismo*, Die Einwilligung des Unfreien, ZStW 95 (1983) pág. 1; *el mismo*, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 104 (1992) págs. 525, 821; *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970; *Baumann*, Körperverletzung oder Freiheitsdelikt? NJW 1958, pág. 2092; *Berz*, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, pág. 145; *Bichlmeier*, Die Wirksamkeit der Einwilligung in einen medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, JZ 1980, pág. 53; *Bloy*, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie? ZStW 96 (1984) pág. 703; *Bockelmann*, Das Strafrecht des Arztes, 1968; *Boehmer*, Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger, MDR 1959, pág. 705; *Borchert/Hellmann*, "Tanken ohne zu zahlen" usw., NJW 1983, pág. 2799; *Casas Barquero*, El consentimiento en el derecho penal, 1987; *Cerezo Mir*, El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación, en: Estudios de derecho penal y criminología, Tomo I (en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa), 1989, pág. 201; *Engisch*, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939) pág. 1; *el mismo*, Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, 1958; *el mismo*, Kritische Bemerkungen zu dem Urteil des BGH vom 27.10.1964, Bayer. Akademie der Wissenschaften, Sitzungsberichte 1965, Heft 4; *el mismo*, Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 399; *Eser*, Medizin und Strafrecht usw., ZStW 97 (1985) pág. 1; *Firnhaber*, Rechtsgeschäft und Einwilligung bei Vermögensdelikten, Diss. Bonn 1956; *Frisch*, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 113; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 154; *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Diss. Kiel 1953; *el mismo*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, pág. 262; *el mismo*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, ZStW 72 (1960) pág. 42; *el mismo*, Anmerkung zu BGH vom 2.12.1982, JR 1983, pág. 254; *Geppert*, Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? ZStW 83 (1971) pág. 947; *v. Gerlach*, Ärztliche Aufklärungspflicht und eigenmächtige Heilbehandlung; en: *Arthur Kaufmann* (ed.), Moderne Medizin und Strafrecht, 1989, pág. 15; *Göbel*, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung

⁹¹ Así, *Fragoso*, Lições págs. 195 ss.; *de Jesus*, Comentários, art. 24 anotación núm. 2.

des Selbstbestimmungsrechts, 1992; *Goldmann*, Die behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund, Diss. Freiburg 1967; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Haefliger*, Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, SchwZStr 67 (1952) pág. 92; *Hanack*, Die Sterilisation aus sozialer Indikation, JZ 1964, pág. 393; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 20, 81, JZ 1965, pág. 221; *Herzberg*, Tanken ohne zu zahlen, JA 1980, pág. 385; *el mismo*, Tatbestands- und Verbotsirrtum, GA 1993, pág. 439; *Hirsch*, Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, ZStW 83 (1971) pág. 140; *el mismo*, Einwilligung und Selbstbestimmung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 775; *el mismo*, Zum Spannungsverhältnis zwischen Theorie und Praxis, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 19; *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, 1919; *Horn*, Der medizinisch nicht indizierte, aber vom Patienten verlangte Eingriff, JuS 1979, pág. 29; *Hruschka*, Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 189; *Armin Kaufmann*, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 277; *Keßler*, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884; *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutstragers, 1970; *Kühne*, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, JZ 1979, 24 pág. 1; *Kußmann*, Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, Diss. Bonn 1988; *Langrock*, Zur Einwilligung in die Verkehrsgefährdung, MDR 1970, pág. 982; *Lenckner*, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72 (1960) pág. 446; *Marx*, Die Definition des Begriffs "Rechtsgut", 1972; *Maria-Katharina Meyer*, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *Noll* Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *el mismo*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit usw., ZStW 77 (1965) pág. 1; *el mismo*, Begriff und Funktion der guten Sitten im Strafrecht, Festschrift für das OLG Zweibrücken, 1969, pág. 206; *Ostendorf*, Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, JuS 1982, pág. 426; *Otto*, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und-gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und-gefährdung, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 157; *Pfersdorff*, Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund, Diss. Straßburg 1897; *Riz*, Il consenso dell'avente diritto, 1979; *Rofner*, Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt, NJW 1990, pág. 2291; *Roxin*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, pág. 373; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.^a ed. 1973; *el mismo*, Über die mutmaßliche Einwilligung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 447; *el mismo*, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung, Gedächtnisschrift für P. Noll, 1984, pág. 275; *el mismo*, Über die Einwilligung im Strafrecht, Festschrift für E. Correia, 1987 (Sonderdruck); *Rubinstein*, The Victim's Consent in Criminal Law, en: Studies in Comparative Criminal Law, 1975, pág. 189; *Rudolphi*, Literaturbericht, ZStW 86 (1974) pág. 68; *el mismo*, Anmerkung zu OLG Hamburg vom 19.11.1974, JR 1975, pág. 512; *el mismo*, Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 371; *Sax*, Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichem Schutzgut, Festschrift für F. Laufke, 1971, pág.

321; *Schlehofer*, Einwilligung und Einverständnis, 1985; *Eb. Schmidt*, Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Verhandlungen des 44. DJT, Tomo I, 1962; *R. Schmitt*, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 113; *el mismo*, § 226a StGB ist überflüssig, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 263; *Schrey*, Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Strafr. Abh. Heft 248, 1928; *Schwalm*, Zum Begriff und Beweis des ärztliche Kunstfehlers, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 539; *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956) pág. 41; *S. A. Strauss*, Aspekte van die begrip "Toestemming" usw., 1963; *Traeger*, Die Einwilligung des Verletzten usw., GS 94 (1927) pág. 112; *H.-D. Weber*, Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund, 1986; *Weigend*, Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung, ZStW 98 (1986) pág. 44; *Glanville Williams*, Consent and Public Policy, Criminal Law Review 74 (1962) pág. 154; *Wilts*, Die ärztliche Heilbehandlung in der Strafrechtsreform, MDR 1970, pág. 971; 1971, págs. 4, 92; *Wimmer*, Die Bedeutung des zustimmenden Willens usw., 1980; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *el mismo*, Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, pág. 379; *Zitelmann*, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906) pág. 1.

I. La aprobación del afectado y su tratamiento en Derecho penal

1. La aprobación del afectado por el delito puede tener un significado diverso para el enjuiciamiento jurídico-penal¹.

a) Por un lado existen delitos que sólo pueden ser cometidos **con la conformidad de la otra parte** (delitos de encuentro, vid. *infra* § 64 V 1), como la usura (§ 302a) o la producción consentida de mutilaciones para librarse del servicio militar (§ 109 I en su segunda alternativa). En estos casos la aprobación pertenece a los elementos del tipo de la acción punible. Sin embargo, este grupo de supuestos no es discutido y por lo tanto puede quedar fuera de nuestra atención.

b) Existen además disposiciones penales en las que, de conformidad con su tenor literal o el sentido de la descripción delictiva, la acción típica se dirige inmediata y exclusivamente en contra de la voluntad del afectado por lo que aquélla ante la aquiescencia de éste, no suscita reparo de ninguna clase. Estos supuestos consisten en una contradicción de la voluntad del ofendido que viene a ser una circunstancia fundamentadora del injusto de la correspondiente figura de delito. En el caso de que el afectado esté de acuerdo la acción punible se convierte en

¹ Vid. al respecto, *Binding*, Handbuch pág. 717; *Honig*, Einwilligung pág. 119; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe pág. 64; *Geerds*, GA 1954, pág. 262; *el mismo*, ZStW 72 (1960) págs. 42 ss.

un suceso normal dentro del marco de un orden social establecido. Penalmente esto significa que en tales hipótesis la aprobación no se conforma como parte del injusto típico y que con aquélla tampoco existe una acción típica. A este supuesto de la conformidad se le denomina “**acuerdo**” (“Einverständnis”)².

Ejemplos: En los delitos que atentan contra la libertad en la formación de la voluntad o de su ejecución (vgr., §§ 108, 177, 240, 249, 253), el acuerdo del afectado excluye la tipicidad de la acción. Una actuación en contra de la voluntad de la mujer pertenece también al tipo del secuestro en el sentido del § 237³ (BGH 23, 1 [3]). La “lesión” de la posesión ajena en el hurto (§ 242) no puede tener lugar de otro modo que en contra de la voluntad del titular de su tenencia (BayObLG JZ 1979, pág. 146). También el allanamiento de domicilio (§ 123) exige para sus dos formas comisivas la actuación en contra de la voluntad del titular de aquél⁴.

c) Por el contrario, en otras disposiciones penales el menoscabo mismo del bien jurídico tiene lugar cuando el hecho sucede de acuerdo con la voluntad de su titular. La acción descrita en el tipo no es, por tanto, un suceso normal de la vida social sino que probablemente conduce a una pérdida bastante dolorosa que, no obstante, el titular del bien jurídico protegido está dispuesto a tolerar por motivos derivados del marco de su libertad de disposición. La doctrina mayoritaria denomina a estos casos “**consentimiento**” (“Einwilligung”) y trata a la aprobación como una causa de justificación⁵, pues aquí no sólo se trata del poder de disposición del titular sino de un valor jurídicamente protegido independiente de ello.

² Así, por primera vez, *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis págs. 105 ss.; *el mismo*, GA 1954, pág. 262, a quien le sigue la jurisprudencia (BGH 8, 273 [276]; 23, 3; BayObLG JZ 1979, pág. 146) y la doctrina mayoritaria; vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 133; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 102; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 3a, b, antes del § 32; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 96 antes del § 32; *Geppert*, ZStW 83 (1971) págs. 959 ss.; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar núm. II 3a antes del § 51; *Lackner*, nota preliminar núm. 11 antes del § 32; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 239 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 269; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 29 antes del § 32; *Welzel*, Lehrbuch pág. 95; *SK* (*Samson*) nota preliminar núm. 36 antes del § 32; *Wessels*, Allg. Teil núms. 362 ss.

³ El § 237 StGB, que tipificaba expresamente el secuestro de una mujer con fines sexuales, se encuentra actualmente derogado, por lo que para este caso la privación de libertad en sí misma considerada realiza el tipo de detenciones ilegales recogido en el § 239 StGB (N del T).

⁴ Tratando el significado de la voluntad aquiescente en los distintos delitos, *Wimmer*, págs. 12 ss.

⁵ Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 320, 329; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 3a, b antes del § 32; *Geerds*, ZStW 72 (1960) pág. 43; *Hruschka*, *Dreher-Festschrift* pág. 197; *Lackner*, nota preliminar núm. 10 antes del § 32; *Otto*, Grundkurs págs. 117 ss.; *Honig*, Einwilligung págs. 1 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 19 núm. 22; *LK* (*Hirsch*) Vorbem. 92, 98 vor § 32; *Hirsch*, *Welzel-Festschrift* S. 799 Fußnote 75; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 33 antes

Ejemplos: Quien decide tomar parte en un experimento científico en el que por un tiempo se pierde el contacto con el mundo exterior, renuncia temporalmente a su libertad de movimiento (§ 239)⁶. Quien como donante de órganos pone a disposición su riñón para un trasplante, sacrifica una parte importante del cuerpo para ayudar a otra persona (§ 224)⁷. Quien se somete a una operación de *cirugía estética*⁸ soporta un menoscabo de su integridad corporal (§ 223) más o menos profundo. Quien en un proceso de divorcio autoriza a su médico de familia a declarar acerca de una grave perturbación psíquica que padece (§ 203 I núm. 1 StGB; §§ 383 I n. 6, 385 II ZPO), renuncia frente a los intervinientes en el proceso a un secreto rigurosamente guardado⁹. El tío que permite a su sobrino desmontar una parte de su automóvil para que de este modo se instruya acerca de los posibles trabajos de reparación que pueden sucederle durante una expedición científica, renuncia transitoriamente a su disposición inmediata de uso (§ 303).

2. Mientras que en principio existe unidad acerca de la diferenciación entre el acuerdo y el consentimiento¹⁰, en cambio su **tratamiento jurídico-penal** resulta discutido.

a) Con frecuencia se ha admitido que podrían ser formulados principios generales en relación con el “acuerdo” y los requisitos para su eficacia. Y en este sentido se dijo que el acuerdo poseía una “naturaleza puramente fáctica”, por lo que no perjudicaría en nada si fue prestado equivocadamente o el afectado no había captado el significado del bien jurídico protegido. Asimismo, el acuerdo no necesitaría ni ser declarado expresamente ni tampoco haber sido conocido

del § 32; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 38 antes del § 32; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 360; *Wessels*, Allg. Teil núm. 370; *WK (Nowakowski)* nota posterior núm. 34 al § 3; *Welzel*, Lehrbuch pág. 95. También en este sentido camina la jurisprudencia (BGH 16, 309 ss.; 23, I [41]; BGH JZ 1979, pág. 146). Diferenciando según los supuestos *Jakobs*, Allg. Teil 7/111 ss.; *Triffierer*, Allg. Teil págs. 240 ss.

⁶ Sin embargo, la tesis dominante sostiene que en el § 239 la aprobación desarrolla un efecto excluyente de la tipicidad; vid. *Bloy*, ZStW 96 (1984) pág. 713 nota a pie núm. 31 con referencias bibliográficas.

⁷ La remisión debe entenderse realizada al actual § 226 I 2 (N del T).

⁸ De acuerdo con la tesis mayoritaria, el tratamiento *médico* no constituye una lesión corporal típica (vid. *infra* § 34 III 3a).

⁹ En contra de la tesis dominante, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 203 núm. 22 acepta en este caso una conformidad excluyente del tipo.

¹⁰ De otra opinión sobre todo *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 11; *el mismo*, Correia-Festschrift págs. 19 ss.; *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand págs. 32 ss.; en cambio, *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 269 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núms. 31 ss. y *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme pág. 20, se atienen a la distinción mencionada y sólo pretenden modificar la posición del consentimiento en la estructura del delito.

por el autor¹¹. No obstante, frente a ello se erigen fundadas **objeciones**¹². En realidad, el acuerdo *no* posee en todos los casos una naturaleza puramente fáctica; pero también la pregunta acerca de hasta qué punto puede estar influido por el engaño o la violencia y de cómo debe ser manifestado externamente, no puede ser contestada de un modo general sino sólo en el marco de la interpretación de los tipos concretos y de acuerdo con su sentido y finalidad.

Ejemplos: De esta forma, es suficiente para la exclusión de la violación (§ 177) la natural aprobación de la mujer en la relación sexual extramatrimonial¹³. No depende, pues, de la capacidad de razonamiento o del error porque el tipo de la violación únicamente concurre cuando la relación sexual extramarital es forzada por medio del empleo de la fuerza o la amenaza de un peligro actual para el cuerpo o la vida¹⁴. La mera *tolerancia* ("Duldung") de la relación sexual no excluye desde luego el tipo. Completamente distinta es la situación jurídica en el allanamiento de domicilio (§ 123), en el que por parte del autor toda presión a la voluntad contraria del titular de aquél cumple con el requisito de la intrusión, mientras que el acuerdo engañoso hace decaer el tipo delictivo¹⁵. En los tipos delictivos concretos también es diverso el criterio relativo la necesaria capacidad de razonamiento para emitir un acuerdo eficaz: en el rapto (§ 237¹⁶) la aprobación voluntaria y natural de la mujer es suficiente para negar la existencia del tipo, incluso aunque se trate de una enferma mental (BGH 23, 1 [3]); por el contrario, en el alejamiento sin autorización del lugar del accidente (§ 142) no cabe la renuncia efectiva a la realización de las debidas comprobaciones por parte de un joven implicado en el mismo (OLG Hamm VRS 23, 102 [104]; OLG Karlsruhe GA 1970, pág. 311 [312])¹⁷. También la

¹¹ Así, *Geerds*, GA 1954, pág. 265; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 102; *Welzel*, Lehrbuch pág. 95; *Wessels*, Allg. Teil núm. 368.

¹² Así, *Arzt*, Willensmängel págs. 24 ss.; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 101 ss. antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 11; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 32 antes del § 32; *SK* (*Samson*) nota preliminar núm. 37 antes del § 32; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme págs. 15 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 370. Vid., además, *Kientz* Der Mangel am Straftatbestand págs. 65 ss., quien sin embargo pretende tratar todos los casos del "acuerdo" según las reglas del consentimiento, algo que por otra parte va demasiado lejos en la dirección contraria.

¹³ Téngase en cuenta que, de acuerdo con la estructura legal vigente del delito de violación (§ 177), ya resulta irrelevante si la relación sexual del autor es intra o extramarital (N del T).

¹⁴ Véase la nota anterior (N del T).

¹⁵ Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 123 núm. 22; BayObLG 1951, 181.

¹⁶ El § 237 StGB regulaba anteriormente el secuestro de una mujer en contra de su voluntad con la intención de obligarla mediante engaño, violencia o amenaza a mantener relaciones sexuales extramatrimoniales; actualmente esta figura ha desaparecido como tal y debe ser reconducida por el tipo de detenciones ilegales del § 239 StGB (N del T).

¹⁷ Profundizando en la capacidad para emitir consentimiento *Amelung*, ZStW 104 (1992) págs. 525, 551 ss., 821 ss.

emisión del acuerdo puede ser importante para la exclusión del tipo. Si la policía deja que un carterista cometa el hecho frente a una mujer policía que va de paisano mezclada en la aglomeración del mercado y portando un monedero en la cesta de la compra, entonces el autor que se lleva consigo el dinero sólo comete un hurto en grado de tentativa pues la mera existencia del acuerdo por parte del titular de la posesión es suficiente para excluir la transgresión posesoria (BGH 4, 199). En el autoservicio de una gasolinera quien se marcha sin pagar comete una estafa (§ 263) o una apropiación indebida (§ 246), pero en ningún caso un hurto (§ 242) pues el titular del negocio está de acuerdo en el traspaso de la *posesión* (BGH NJW 1983, pág. 2827)¹⁸. Por el contrario, debe ser considerada como intrusión (§ 123) la “ocupación de una morada” por personas no autorizadas, aunque el propietario de la misma se haya conformado tácitamente con la intrusión debido a la presión de las circunstancias. El acuerdo del conductor del vehículo con el supuesto lavado del mismo no contiene renuncia alguna a su posesión (hurto con astucia y no estafa) (BGH VRS 48, 175). La mera tolerancia o resignación (“Dulden”) de acciones sexuales causada por el miedo al autor no constituye acuerdo alguno (BGH JR 1982, pág. 254 con comentario de *Geerds* pág. 256).

b) Dudosa ha sido también la cuestión relativa a la **posición del consentimiento** dentro del sistema de la teoría del delito. Mientras que la doctrina dominante todavía interpreta el consentimiento como una causa de justificación (*supra* nota a pie núm. 5), una importante minoría ve en el mismo una circunstancia que excluye el tipo¹⁹. En cierto modo, esta concepción entiende la falta de consentimiento como un elemento negativo del tipo y, de acuerdo con ello, su concurrencia en aquellos delitos en los que el bien jurídico se abandona a la disponibilidad de su titular, como una circunstancia que desde un principio priva de relevancia penal al suceso. Esta visión se fundamenta en el hecho de que en las disposiciones penales que protegen bienes jurídicos disponibles, el verdadero bien jurídico no es la integridad del objeto sino el dominio autónomo del titular sobre los bienes jurídicos a él subordinados. Sin embargo, con ello tiene lugar una subjetivización del concepto de bien jurídico que no concuerda con el significado

¹⁸ Vid., *Herzberg*, JA 1980, pág. 391; *Borchert/Hellmann*, NJW 1983, pág. 2799.

¹⁹ Así, *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 13A, núm. 2; *Armin Kaufmann*, Klug-Festschrift Tomo II pág. 282; *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand págs. 65 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núms. 32 ss.; *Göbel*, Einwilligung pág. 71; *Kühne*, JZ 1979, pág. 242; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem pág. 25 nota a pie núm. 57; *el mismo*, Welzel-Festschrift pág. 449; *el mismo*, Allg. Teil I § 13 núms. 12 ss. (con una detallada fundamentación); *Rudolphi*, ZStW 86 (1974) pág. 87; *el mismo*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 374 ss.; *Sax*, Laufke-Festschrift págs. 337 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 268 ss.; *Schlehofer*, Einwilligung pág. 4; *SK (Horn)* § 226a núm. 2; *Weigend*, ZStW 98 (1986) págs. 47 ss.; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübmahme págs. 28 ss.; *el mismo*, ÖJZ 1977, págs. 380 ss.; *Wimmer*, Die Bedeutung pág. 260.

que también posee todo bien jurídico individual como valor comunitario. La cuestión de si el consentimiento excluye ya la tipicidad de la acción o de si, por el contrario, se configura como una causa de justificación podría quedar abierta si careciera de trascendencia práctica. Pero éste no resulta ser el caso. Antes bien, las consecuencias prácticas son las mismas que si se tratara a las causas de justificación como elementos negativos del tipo (vid. *supra* § 25 III). Por una parte, el tratamiento del error acerca de los presupuestos del consentimiento depende de su posición en el sistema. Y de otra, su ubicación es determinante para castigar por tentativa o por delito consumado en aquellos supuestos en los que la existencia del consentimiento ha pasado inadvertida para el autor.

3. Lo correcto es concebir al *consentimiento* como una **causa de justificación**. El objeto de protección penal en los tipos viene constituido por los bienes jurídicos a los que aquéllos se refieren, incluida la integridad del objeto que se menoscaba con la acción típica, y no meramente la libertad de disposición del titular²⁰. La integridad corporal, la libertad ambulatoria, la propiedad, el honor o el ámbito de reserva personal, son independientes de la voluntad del titular como bienes naturales de la comunidad; la libertad, la autodeterminación y la dignidad de la persona están constituidos, protegidos e, incluso la mayoría de las veces, garantizados por la Constitución (art. 2 II, 10 y 14 GG)²¹. Cuando el interesado abandona uno de estos bienes jurídicos a la intervención de un tercero esto significa que, a pesar del consentimiento, el suceso es penalmente relevante y no resulta indiferente desde un primer momento. Por ello, la voluntad aquiescente del titular no es reconocida sin más como determinante, sino que su eficacia se hace depender de ciertas condiciones destinadas a evitar que el titular del bien jurídico se perjudique a sí mismo sin haber divisado antes la desventaja ligada a su renuncia. De esta forma se hace preciso aclarar que el consentimiento presupone la capacidad de raciocinio, que básicamente debe estar libre de todo engaño o violencia, y que debe emitirse al exterior de modo reconocible. La disposición que determina el carácter antijurídico de las lesiones corporales cuando el hecho, a pesar del consentimiento, atenta contra las buenas costumbres (§

²⁰ Así, *Hirsch*, *Welzel-Festschrift* pág. 799 nota a pie núm. 75; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 98 antes del § 32; *Noll*, *Festschrift f. d. OLG Zweibrücken* pág. 222; *Geppert*, *ZStW* 83 (1971) pág. 968; *Schönkel Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 33 ss. antes del § 32. Por el contrario, *Stratenwerth*, *Allg. Teil I* núm. 368, sólo tiene en cuenta de una forma manifiesta los tipos que comportan una lesión *sustancial*. Sin embargo, la idea de un quebranto jurídico independiente de la voluntad del ofendido constituye un planteamiento general.

²¹ Acerca del consentimiento "por representación legal" en los bienes jurídicos fundamentales *Ame-lung*, *Einwilligung* págs. 82 ss.

226 a²²), también muestra que, a causa del significado destacado del bien jurídico (tal y como sucede en las lesiones corporales) el consentimiento está sometido a restricciones que sólo pueden explicarse por el interés público en su conservación. El texto del § 226a²³ debe ser entendido en el mismo sentido del los §§ 32 y 34 que incuestionablemente definen causas de justificación. Incluso en el homicidio a petición (§ 216) el consentimiento se encuentra completamente marginado.

También existen casos en los que el acuerdo del afectado repercute inmediatamente sobre el tipo. Quien convierte en leña un armario viejo alterando así su finalidad, da lugar a que desde un principio queden excluidos los daños materiales (§ 303). Quien encuentra correspondencia en sus insinuaciones sexuales no comete menosprecio alguno (§ 185). En la firma de un documento con nombre ajeno el acuerdo del titular del nombre elimina el tipo del § 267 si aquél puede y se deja representar, pues entonces el documento ya no es “falso”.

II. El consentimiento como causa de justificación

1. La historia del consentimiento como causa de justificación se remonta muy atrás²⁴. La conocida máxima jurídica “volenti non fit iniuria” conecta con el pasaje del Digesto “nulla iniuria est, quae in volentem fiat” (Dig. 47, 10 de iniur. 1 § 5). Esta proposición jurídica, en la actualidad todavía válida, significó para el *Derecho romano* que el consentimiento poseía en todos los casos de “iniuria” (infracción de derechos de la personalidad, con inclusión del cuerpo y la vida) una fuerza justificante, dado que todo ciudadano podía disponer libremente de su propio ámbito de vida. Para la *teoría del Derecho natural*, que concibió la esencia del delito en la infracción de derechos subjetivos, lo importante era dejar claro hasta qué punto el ordenamiento jurídico concedía al ofendido la facultad de renunciar a la protección penal (*Kleinschrod, Klein, Feuerbach*). Por el contrario, los partidarios de la *Escuela histórica del Derecho* (*Rosshirt, Stahl*) debieron negar fundamentalmente la posibilidad de un consentimiento eficaz, pues de acuerdo con su visión el Derecho penal sólo debía servir a la comunidad. Los *hegelianos* (*Abegg, Köstlin, Berner, Hälschner*) regresaron en cambio al criterio de la disponibilidad del bien jurídico atacado, porque el consentimiento admisible de la voluntad subjetiva individual no se mostraba como una negación de la voluntad objetiva de la colectividad. Finalmente, la *Escuela sociológica del Derecho* vislumbró la esencia de la acción punible en la lesión del interés, por lo que negaron la antijuricidad ante la ausencia del interés del ofendido incluso en la renuncia a su propia vida (*Kefler, Pfersdorff, Graf zu Dohna*).

²² El consentimiento en las lesiones se regula actualmente en el § 228 StGB (N del T).

²³ Véase la nota anterior (N del T).

²⁴ Detalladamente sobre su historia dogmática *Honig, Einwilligung* págs. 1 ss.

2. En la **fundamentación** de la eficacia justificante del consentimiento se defienden **distintas teorías**. La *teoría del negocio jurídico* sostiene que el consentimiento del ofendido viene a ser un negocio jurídico que tiene como efecto conceder al autor un derecho revocable a la infracción; dado que el ejercicio de un derecho no puede ser antijurídico el consentimiento también vendría a ser para el Derecho penal una causa de justificación²⁵. Para una teoría posterior el consentimiento fue considerado como un signo de la *renuncia al interés* por parte del titular del bien jurídico, lo que tenía su significado en la medida en que el Ordenamiento jurídico había abandonado en él la decisión acerca de la conservación de sus bienes²⁶. Asimismo, fue aceptado que con el consentimiento decaía parcialmente el *objeto de protección* pues el injusto típico también reside en la desconsideración de la voluntad del ofendido²⁷. La jurisprudencia (BGH 17, 359 [360]) y la doctrina mayoritaria defienden el punto de vista en virtud del cual quien consiente, a través de la abdicación de sus intereses, *renuncia a la protección penal*²⁸. Por lo demás, también es admitido un derecho consuetudinario²⁹.

Sin embargo, estas explicaciones no consiguen suministrar plenamente el fundamento de la fuerza justificante del consentimiento. La teoría del negocio jurídico desconoce los diferentes fines que cumplen el Derecho penal y el civil. La teoría de la renuncia al interés no explica por qué una renuncia subjetiva apoyada en móviles que con probabilidad son sumamente inmorales, puede desligar al Estado de su misión en la protección objetiva de intereses. Igualmente, la teoría de la renuncia a la protección jurídica tampoco aclara por qué la renuncia privada puede ser preferente al deber del Estado en la protección jurídica de carácter público. La idea del decaimiento parcial del injusto de resultado deja sin contestar la pregunta de por qué la lesión del objeto de la acción protegido por la disposición penal no determina el completo desvalor de resultado. Por último, la aceptación de un derecho consuetudinario no dice nada acerca de su fundamentación interna.

²⁵ Así, *Zitelmann*, AcP 99 (1906) pág. 56.

²⁶ Así, *Honig*, *Einwilligung* pág. 118; *v. Hippel*, Tomo II pág. 244; *Mezger*, *Lehrbuch* pág. 208; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 217.

²⁷ Así, *Stratenwerth*, ZStW 68 (1956) pág. 43; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 39 antes del § 32; *Weigend*, ZStW 98 (1986) pág. 47.

²⁸ Así, *Bichlmeier*, JZ 1980, pág. 54; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 3b antes del § 32; *Geerds*, ZStW 72 (1960) pág. 43; *Lackner*, nota preliminar núm. 10 antes del § 32; *Lenckner*, ZStW 72 (1960) pág. 453; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 105 antes del § 32; *Otto*, *Grundkurs* pág. 115; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 33 antes del § 32; *Welzel*, *Lehrbuch* pág. 95; *Wessels*, *Allg. Teil* núm. 370.

²⁹ En este sentido, *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 92 antes del § 32.

3. La idea decisiva es de naturaleza político-jurídica³⁰. La valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo es reconocida decisivamente por el Ordenamiento jurídico, debido a que el **uso sin restricciones de la libertad personal** (art. 2 I GG) como tal es considerado como un **valor social** en un Estado de Derecho liberal, que tiene que ser ponderado frente al interés de la comunidad en la preservación de los bienes jurídicos. Hasta donde alcanza la libertad del titular queda cubierta la infracción del objeto protegido, en la medida en que concurren los requisitos especiales para la eficacia del consentimiento. De ello se deriva que el consentimiento sólo se plantea en relación con bienes jurídicos individuales y que sólo merece atención cuando el que consiente es el titular único del bien jurídico afectado. Por ello no existe un consentimiento eficaz en una conducción bajo los efectos del alcohol (§ 315c I 1a) (BGH 23, 261[264]) (vid. *infra* § 34 III 5, nota a pie núm. 56), acusación falsa (§ 164) (vid. *infra* § 34 III 5), usurpación del estado civil (§ 169), falsedad electoral (§ 107a), o en un aborto (§ 218) en el que el consentimiento es sólo un requisito adicional en los supuestos de impunidad de aquél (§ 218a)³¹. Además, el consentimiento en el propio homicidio debe quedar marginado pues la vida, prescindiendo del supuesto del suicidio, no está sujeta a la libertad de decisión personal (§ 216)³². El consentimiento en las propias lesiones corporales sólo puede tener una eficacia limitada, pues un daño a la salud de considerables dimensiones y contrario a las buenas costumbres infringe el interés superior de la comunidad en la preservación de la integridad corporal frente a una intervención ajena (§ 226a)³³. El § 226a³⁴ resulta también aplicable al consentimiento en una puesta en peligro del cuerpo e, incluso, al consentimiento en una puesta en peligro de la vida de naturaleza imprudente³⁵.

³⁰ Siguiendo esencialmente al sentido del texto, Noll, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe* págs. 74 ss.; *el mismo*, ZStW 77 (1965) págs. 1 ss. Asimismo, Maurach/Zipf, *Allg. Teil I* § 17 núm. 36; Göbel, *Einwilligung* pág. 22; Eser/Burkhardt, *Strafrecht I* núm. 13 A núm. 7a; Geppert, ZStW 83 (1971) pág. 952; Jakobs, *Allg. Teil 7/104* (acuerdo), 14/4 (consentimiento); Stratenwerth, *Allg. Teil I* núm. 362.

³¹ Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto de 28.5.1993 (BVerG, 88, 203), que declaró inconstitucional la solución del plazo introducida por la Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia de 27.7.1992 (BGBl. I pág. 1398), así como la nueva regulación introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

³² Así, con razón, Hirsch, *Welzel-Festschrift* págs. 775 ss., 796 (desde una perspectiva de Derecho comparado págs. 793 ss.) en contra de R. Schmitt, *Maurach-Festschrift* págs. 117 ss.; Marx, *Rechtsgut* págs. 62 ss., 82. Asimismo, Engisch, H. Mayer-Festschrift págs. 412 ss.

³³ El consentimiento en las lesiones se regula actualmente en el § 228 StGB (N del T).

³⁴ Vid. la nota anterior (N del T).

³⁵ Así, con razón, Hirsch, *Welzel-Festschrift* págs. 797 ss.; *el mismo*, ZStW 83 (1971) págs.

III. El ámbito de eficacia del consentimiento justificante

1. El consentimiento del ofendido tiene fuerza justificante en al mayoría de los **delitos contra las personas** en tanto que un Ordenamiento jurídico liberal permite que cada cual tome sus decisiones en correspondencia con los propios valores y los fines escogidos.

Ejemplos: El consentimiento es eficaz en las injurias (§ 185), de modo que el envío de folletos publicitarios de contenido sexual (BGH 11, 67 [72]) está justificado a través del consentimiento (OLG Stuttgart NJW 1962, pág. 62). La liberación del deber de reserva del médico por parte de su paciente justifica la difusión de un secreto de carácter privado (§ 203 I núm. 1) (RG 71, 21 [22])³⁶. La apropiación (§ 246) está justificada cuando el propietario o la persona legitimada para la disposición está de acuerdo con ello (RG 44, 41 [42]). En los delitos patrimoniales también hay que tener en cuenta que el consentimiento *de conformidad con el Derecho civil* puede tener *efectos adicionales* (vgr., como propuesta de contrato según el § 145 BGB, como oferta de transmisión de acuerdo con el § 929 BGB, como autorización de la apropiación según el § 956 BGB, todos ellos con la consecuencia de que la otra parte contratante pueda llevar a cabo por sí mismo el traspaso de la propiedad. De este modo, el arrendatario de un coto de caza tiene la facultad contractual para el ejercicio del derecho propio de caza y no actúa simplemente sobre la base de un “consentimiento” del propietario revocable en cualquier momento, de modo que de conformidad con el § 929 BGB existe una traslación jurídicamente fundada cuando el servicio forestal vende una partida de madera en un bosque y permite al comprador ir recogerla, lo que trae por consecuencia que la cosa deje de ser ya para él “ajena”³⁷). En todos estos casos falta ya la propia tipicidad de la acción punible.

2. En el marco de los bienes jurídicos individuales la **vida** y la **integridad corporal** ocupan una **posición especial**. El consentimiento en el propio *homicidio* ejecutado a través de un hecho doloso no queda justificado. Como mínimo, el hecho permanece punible según el § 216. También el consentimiento en la *puesta en peligro dolosa de la vida* propia (por ejemplo, en el abandono de niños o personas desvalidas del § 221) carece de eficacia justificante (acerca de la puesta en peligro imprudente de la vida vid. *infra* § 56 II 3). A menudo, en las *lesiones*

165 ss. Acerca del significado práctico del § 226a —en contra de Berz, GA 1969, pág. 149 y R. Schmitt, SchröderGedächtnisschrift págs. 263 ss. Schönke/Schröder/Stree, § 226a núms. 14 ss.

³⁶ Sin embargo, se muestran favorables a la exclusión misma del elemento del tipo “no autorizado” en este caso Schönke/Schröder/Lenckner, § 203 núms. 21 ss.; Maurach/Schroeder/Maiwald, Bes. Teil I § 29 núm. 12.

³⁷ Firnhaber, Rechtsgeschäft und Einwilligung bei Vermögensdelikten págs. 18, 75; H.-D. Weber, Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund págs. 68 ss., 77 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 53 antes del § 32.

corporales también están en juego valores insustituibles. La salud, de forma no muy distinta a la vida, es el presupuesto básico de la mayoría de las funciones que la persona cumple en la comunidad. De ahí que, a pesar de la presencia del consentimiento, el § 216a³⁸ declare como antijurídica la lesión corporal consentida atenta contra las buenas costumbres³⁹. No obstante, sólo deberían ser incluidas en el § 216a⁴⁰ lesiones corporales considerables, especialmente las que comportan daños permanentes⁴¹, pues de lo contrario la consecuencia sería caer en una inoportuna moralización. En no pocas ocasiones la jurisprudencia ha sucumbido a este riesgo a través de la introducción de fines inmorales de la actividad lesiva.

Ejemplos: Fueron considerados inmorales los latigazos propinados por motivos sádicos (RG JW 1929, pág. 1015 [1017]; DR 1943, pág. 234); el castigo con una cuerda doblada como medida educativa de un entrenador (RG JW 1938, pág. 30); acciones con efectos masturbadores con fines curativos (RG 74, 91 [94]); la prescripción de opio, sin estar médicamente indicada, a un adicto (RG 77, 17 [21]); la lesión dolosa de las reglas más básicas en un campeonato de boxeo (BGH 4, 88 [92]). Por el contrario, el consentimiento en duelo estudiantil fue considerado como justificación al entenderse que sólo existe un atentado contra las costumbres si el hecho, “de acuerdo con el sentimiento de la decencia de todos los que piensan justa y equitativamente, se muestra sin ninguna duda como un injusto criminal merecedor de pena” (BGH 4, 24 [32]). A causa de la gravedad de la intervención, es contrario a las costumbres la extracción de la totalidad de los dientes por una petición sin sentido del paciente (de otra opinión BGH NJW 1978, pág. 1206: ineficacia del consentimiento por la ausencia de capacidad de decisión)⁴².

3. Un significado especial tiene el consentimiento para las intervenciones curativas y para la admisibilidad de la esterilización y castración:

a) Ya con anterioridad, la opinión dominante no consideraba la existencia de una lesión corporal típica en una **intervención curativa** practicada según la *lege artis*, incluso aunque aquélla tuviera como resultado un empeoramiento de la salud del paciente⁴³. Sin

³⁸ Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

³⁹ *Roxin*, JuS 1964, pág. 376 no considera como motivo de la restricción la naturaleza el valor insustituible del bien jurídico, sino la “desaprobación moral” del hecho. En contra, acertadamente, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 376.

⁴⁰ Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

⁴¹ Vid. *Arzt*, Willensmängel págs. 36 ss.; *LK* (10.^a) (*Hirsch*) § 226a núm. 10; demasiado limitado *SK* (*Horn*) 226a núm. 9 (tan sólo una lesión corporal que sea llevada a efecto con el fin de cometer un delito).

⁴² De la misma opinión que aquí, *Bichlmeier*, JZ 1980, pág. 53; *Jakobs*, Allg. Teil 14/9; en el mismo sentido que el BGH *Amelung*, ZStW 104 (1992) pág. 548. En contra, *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núms. 58 ss. con referencias bibliográficas en nota a pie núm. 88.

⁴³ *Engisch*, ZStW 58 (1939) pág. 5; *el mismo*, Die rechtliche Bedeutung pág. 20; *Eb. Schmidt*, Gutachten zum 44. DJT pág. 21; *Kohlrausch/Lange*, pág. 223 anotación III; *Bockelmann*,

embargo, para proteger el derecho de autodeterminación del paciente, la jurisprudencia (RG 25, 375; BGHSt 11, 111; 12, 379; 16, 309; BGHZ 29, 33, 46 y 176; BGH NJW 1980, pág. 1905) ha defendido hasta ahora imperturbablemente el punto de vista según el cual la intervención curativa es considerada como lesión corporal que, no obstante, estaría justificada por el consentimiento del paciente⁴⁴. Esta insatisfactoria situación jurídica para la actividad médica cambiará cuando sea introducida una disposición penal especial relativa al tratamiento curativo arbitrario que asegure la protección jurídico-penal del derecho a la autodeterminación sobre el cuerpo (vid., por ejemplo, el § 162 E 1962 y el § 110 österr. StGB)⁴⁵.

b) En el enjuiciamiento de la **esterilización** voluntaria la BGH 20, 81 llegó a la conclusión de que por ahora no existía un precepto penal que abarcara estos casos. Quien no comparte esta visión⁴⁶ debe admitir, a pesar de ello, que la absolución fue adecuada debido a que la contrariedad a las buenas costumbres de un hecho no puede ser determinada según la concepción de grupos individuales, sino sólo sobre la base de la conciencia moral de la gran mayoría de la población⁴⁷. En cualquier caso, para la justificación de la esterilización resulta decisivo el § 226 a⁴⁸ 49. También el seccionamiento de los órganos sexuales (**castración**) es admisible con el consentimiento del afectado, siempre que se cumplan los requisitos impuestos por los §§ 2 y 3 de la Ley sobre Castración Voluntaria de 15.8.1969 (BGBl. I pág. 1143)⁵⁰.

c) En relación con el consentimiento en las **lesiones deportivas** vid. *infra* § 56 II 3.

Strafrecht des Arztes págs. 62 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 96; *LK (Hirsch)* nota preliminar núms. 3 ss. antes del § 223 con numerosas referencias (en relación con las concepciones modificadoras núm. 4).

⁴⁴ Asimismo, *Baumann*, NJW 1958, pág. 2094; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 183; *Schwalm*, Bockelmann-Festschrift pág. 539. Mostrando sus dudas *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 9b; *Hirsch*, Tröndle-Festschrift pág. 34; *Lackner*, § 223 núm. 8. En el empeoramiento de la salud también *Rudolphi*, JR 1975, págs. 512 ss.

⁴⁵ Al respecto vid. *Wiltz*, MDR 1970, pág. 971; 1971, págs. 4, 92; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núm. 31; *Eser*, ZStW 97 (1985) págs. 4 ss.; v. *Gerlach*, Arztliche Aufklärungspflicht pág. 30; también en cuanto al resultado *SK (Horn)* § 223 núms. 35 ss.

⁴⁶ Vid. la convincente crítica de *Engisch*, Kritische Bemerkungen págs. 10 ss.; *Hanack*, JZ 1965, págs. 221 ss.

⁴⁷ *Engisch*, H. Mayer-Festschrift pág. 400; *Roxin*, JuS 1964, pág. 379. Restrictivamente *Hanack*, JZ 1964, págs. 400 ss.

⁴⁸ En profundidad acerca de la situación jurídica actual *LK (10.ª) (Hirsch)* § 226a núms. 39 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núms. 59 ss.; en núm. 62 niegan la capacidad de raciocinio cuando se practica sobre personas jóvenes en atención a la gravedad e irreversibilidad de la intervención.

⁴⁹ Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

⁵⁰ Sobre ello vid. más detenidamente *LK (10.ª) (Hirsch)* § 226a núm. 42; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núms. 55 ss. Acerca de la situación jurídica anterior BGH 19, 201.

4. Una parte de la doctrina científica quiere aplicar el § 226a⁵¹ a todas las clases de consentimiento⁵², algo frente a lo que se erigen *objeciones de importancia* pues la libertad de decisión del ofendido sólo debe ser limitada allí donde el legislador lo ha ordenado expresamente⁵³. El consentimiento como causa de justificación se relativizaría de un modo difícilmente defendible en un Estado de Derecho mediante la aplicación del correctivo de las buenas costumbres, y sometería a los titulares de bienes jurídicos a una inadecuada tutela estatal.

5. No puede existir un consentimiento eficaz del individuo en un ataque a los **bienes jurídicos de la colectividad**, puesto que su facultad de disposición no se refiere a los mismos. Tan sólo es una excepción aparente la posibilidad de un consentimiento suministrado por instituciones competentes en la protección constitucional respecto de acciones que típicamente suponen delitos de peligro del Derecho penal político⁵⁴, pues aquí no se trata de particulares sino de autoridades competentes en la protección del Estado que poseen una facultad permisiva dentro de unos márgenes estrechos. En atención al bien jurídico protegido están privados del consentimiento, verbigracia, los delitos de expresión (§§ 153 ss.), la bigamia (§ 171⁵⁵) y los delitos sexuales (§§ 174 ss.) (BGH 7, 312), en tanto que por medio de la aprobación de la otra parte no decae el tipo penal. Asimismo, en los delitos contra la colectividad que por sus consecuencias también afectan concretamente a los individuos, la jurisprudencia ha negado por regla general la eficacia del consentimiento.

Ejemplos: En los delitos de riesgo colectivo el consentimiento del ofendido no afecta a la antijuricidad (BGH 6, 232 [234]). Prescindiendo de la posibilidad que tiene el ofen-

⁵¹ Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

⁵² Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 328; *Jakobs*, Allg. Teil 14/9; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 167; *Welzel*, Lehrbuch pág. 97.

⁵³ En el mismo sentido del texto *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 37 antes del § 32 y *Haft*, Allg. Teil pág. 110 (prescindiendo de las lesiones al honor contrarias a la dignidad de la persona en las que el consentimiento es ya nulo); *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 13 A núm. 27; *LK* (10.^a) (*Hirsch*) § 226a núm. 1; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 65; *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 41; *Noll*, ZStW 77 (1965) pág. 21; *Arzt*, Willensmängel págs. 36 ss. nota a pie núm. 49; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme pág. 35; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 377; *Kientzy*, Der Mangel am Straftatbestand págs. 96 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 377. *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 272 pretende extender el § 226a sólo a las detenciones ilegales. Acerca de la constitucionalidad del § 226a *LK* (10.^a) (*Hirsch*) § 226a núm. 2 (afirmando la necesidad de reforma). Incorrectamente a favor del carácter superfluo del § 226a *Schmitt*, *Schröder-Gedächtnisschrift* págs. 263 ss.

⁵⁴ Vid. *Goldmann*, Behördliche Genehmigung págs. 218 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 31.

⁵⁵ El delito de bigamia se regula actualmente en el § 172 StGB (N del T).

dido de acuerdo con el § 165 de que se publique o no la sentencia condenatoria, para la punibilidad de la acusación falsa (§ 164) carece de trascendencia el consentimiento del afectado (BGH 5, 66 [68 ss.]; BGH JR 1965, pág. 306). La toma de rehenes (§ 239b) no se justifica por el hecho de que el representante legal de la víctima apruebe la comisión del hecho (BGH 26, 70 [73]). El consentimiento en su propia puesta en peligro del acompañante de quien carece de aptitudes para conducir un automóvil no excluye la antijuricidad del hecho previsto en el § 315c I núm. 1a, pues en el peligro para la seguridad del tráfico estamos ante disposiciones penales destinadas a la protección de la colectividad (BGH 23, 261 [264])⁵⁶. Inatendible resulta también el consentimiento en una infracción administrativa de este tipo conformidad con el § 1 II StVO (OLG Frankfurt DAR 1965, pág. 217), así como en una lesión corporal vinculada con el ejercicio de funciones públicas (BGH 32, 357 [359])⁵⁷.

IV. Los requisitos de la declaración del consentimiento

1. El consentimiento no constituye una *declaración de voluntad de carácter negocial* en el sentido de los §§ 104 ss. BGB. De ahí que no importe la capacidad negocial que posea el ofendido (BGHZ 29, 36). Y mucho menos posee en Derecho penal fuerza justificante una posible aprobación *posterior* realizada conforme al Derecho civil (§ 184 BGB). Más bien, el consentimiento debe referirse a un hacer u omisión *futuros* de otra determinada persona (BGH 7, 294 [295]; 17, 359 [360]). El consentimiento tampoco es una *acción jurídica* en el sentido del Derecho civil que pueda ser tratada parcialmente por analogía a la declaración de voluntad⁵⁸, pues en Derecho penal no se trata de la protección de un menor de

⁵⁶ De acuerdo, *Lackner*, Das konkrete Gefährdungsdeldikt pág. 12; *LK* (10.^a) (*Rüth*) § 315c núm. 61; *Schaffstein*, *Welzel-Festschrift* pág. 574; *Dreher/Tröndle*, § 315c núm. 17. En contra, *Roxin*, *Allg. Teil I* § 13 núm. 33; *SK* (*Horn*) § 315c núm. 22; *Langrock*, MDR 1970, pág. 982; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 315c núm. 36. Con una visión diferenciadora *Geppert*, ZStW 83 (1971) pág. 986.

⁵⁷ Acerca de la admisibilidad del consentimiento en los delitos de funcionarios *Amelung*, *Dünnebier-Festschrift* págs. 487 ss.; *Roxin*, *Allg. Teil I* § 13 núm. 34 (vgr., el soldado como donante de sangre).

⁵⁸ Por el contrario, *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 3b antes del § 32; *Jakobs*, *Allg. Teil I* 7/114; *Baumann/Weber*, *Allg. Teil* pág. 324; *Traeger*, GS 94 (1927) pág. 149; *Lenckner*, ZStW 72 (1960) pág. 456; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 39 antes del § 32; *SK* (*Samson*) nota preliminar núm. 41 antes del § 32, exigen *capacidad negocial* en la medida en que se trate de la lesión de derechos patrimoniales (vgr., §§ 266, 246, 303), mientras que cuando se trata de bienes jurídicos personalísimos (integridad corporal, esfera de reserva) debe bastar con la capacidad de raciocinio y juicio natural. El fundamento vinculado con el principio de la unidad del Ordenamiento jurídico no resulta convincente, pues la eficacia de los contratos pueden ser determinadas de acuerdo con reglas distintas al merecimiento de pena de la intervención en el patrimonio ajeno. Como en el texto principal *Stratenwerth*, *Allg. Teil I* núm. 380.

edad ni de la tutela del tráfico jurídico, sino sólo de la cuestión relativa al merecimiento de pena de una acción a pesar de la presencia de la aprobación del ofendido. Aquí se trata, pues, de una **figura jurídica autónoma del Derecho penal**⁵⁹ en la que los requisitos para su eficacia tan sólo se determinan dependiendo de si la aprobación del ataque al objeto de la acción protegido es expresión de la libertad personal de decisión del titular del bien jurídico reconocida por el Ordenamiento.

2. Se ha forjado una opinión mayoritaria en relación con la cuestión de hasta qué punto el consentimiento debe ser exteriorizado. Mientras que con anterioridad la **teoría de la declaración de voluntad**⁶⁰ precisaba que el consentimiento debía ser declarado exteriormente como si de un negocio jurídico se tratara, y la **teoría de la dirección de la voluntad**⁶¹ que en una dirección opuesta se conformaba con la mera aprobación interior del ofendido, en la actualidad se exige que el consentimiento debe ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del Derecho civil relativas a la declaración de voluntad (capacidad negocial, vicios del consentimiento, transmisión) (**teoría ecléctica o conciliadora**)⁶².

3. El *objeto del consentimiento* es la acción y el resultado típico, siempre en la medida en que en el momento en que se presta el aquél ya sea reconocible este último (vid., sin embargo, en relación con el consentimiento en la puesta en peligro imprudente del cuerpo *infra* § 56 II 3)⁶³.

⁵⁹ Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 135; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 103; *Lackner*, nota preliminar núm. 16 antes del § 32; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 118 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 57; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar II 3b antes del § 51; *Wessels*, Allg. Teil núm. 375; *Preisendanz*, nota preliminar 4b bb antes del § 32.

⁶⁰ Así, *Zitelmann*, AcP 99 (1906) págs. 51 ss.

⁶¹ Así, *Noll*, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe* pág. 134; *SK* (*Samson*) nota preliminar núm. 42 antes del § 32; *Jakobs*, Allg. Teil 7/115; *Mezger*, Lehrbuch pág. 209; *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre pág. 136; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 278 ss.

⁶² En este sentido camina la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria; vid. BGH 17, 360; BayObLG NJW 1968, 665; OLG Celle MDR 1969, pág. 69; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 322 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 103; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 3b antes del § 32; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 111 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 62; *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 42; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 43 antes del § 32; *Wessels*, Allg. Teil núm. 378; *Welzel*, Lehrbuch pág. 97.

⁶³ Acerca de la discusión sobre la pregunta relativa a si el consentimiento se refiere a la acción, al resultado o a ambos, *Schrey*, *Der Gegenstand der Einwilligung* págs. 26 ss. Sostiene que sólo debe referirse al resultado *Zipf*, *Einwilligung und Risikoübernahme* pág. 22. Con una solución intermedia *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 55. En el sentido del texto *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 49.

4. El titular del bien jurídico debe, sobre todo, poseer una **capacidad de razonamiento y juicio natural** para poder calcular en esencia el significado de la renuncia al interés protegido y el alcance del hecho (RG 41, 392 [394]; BGH 4, 88 [92]; 12, 379 [383]; 23, 1 [4]; demasiado restringida BGH NJW 1979, pág. 1206)⁶⁴. Si en los menores de edad o enfermos mentales falta la capacidad natural de raciocinio, entonces es el representante legal encargado de su cuidado quien tiene el derecho y, en su caso, el deber de prestar el consentimiento (BGH 12, 379 [383])⁶⁵.

5. Asimismo, el consentimiento debe estar libre de **vicios de la voluntad** (engaño, error y violencia) (BGH 4, 113 [118])⁶⁶. Pero no basta con un simple error en los motivos para hacer ineficaz el consentimiento (OLG Stuttgart NJW 1962, pág. 62); igualmente, el error acerca de la aprobación de quien va llevar a cabo una intervención curativa puede carecer de significado en supuestos de escasa trascendencia (BGH 16, 309 [311]; caso distinto es la obtención capciosa del consentimiento a través de engaño, BGH JR 1988, pág. 122). Tampoco un error en la declaración hace ineficaz el consentimiento puesto que en este caso la mayor parte de la culpabilidad dolosa del autor será excluida por el error correspondiente. Por el contrario, el engaño y el error que afectan a la dimensión y clase de menoscabo del objeto de la acción determinan la ineficacia del consentimiento, porque entonces éste no cubre la intervención del autor en la esfera jurídica del

⁶⁴ La doctrina mayoritaria también camina en esta dirección; vid. *Amelung*, ZStW 104 (1992) págs. 525 ss., 821ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 324; *Blei*, Allg. Teil pág. 135; *Lackner*, nota preliminar núm. 16 antes del § 32; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 118 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 57; *Jakobs*, Allg. Teil 7/114; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe pág. 127; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 379.

⁶⁵ Si el menor de edad posee por sí mismo capacidad para consentir, entonces en Derecho penal no se requiere la aprobación de su representante legal; en caso de *contradicción* entre uno y otro prevalece el del menor, vid. *Boehmer*, MDR 1959, pág. 707; *Lenckner*, ZStW 72 (1960) pág. 456; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 42 antes del § 32 (fuera de las decisiones manifiestamente equivocadas; al respecto, de otra opinión, *Jakobs*, Allg. Teil 7/114 nota a pie núm. 176). En el caso de que, contrariamente a su deber, el representante legal rehúse prestar su necesario consentimiento en una operación, puede recurrirse al Tribunal Tutelar con la finalidad de nombrar un tutor de acuerdo con los §§ 1666, 1909 BGB. Si por la perentoriedad de la medida curativa ello no resulta posible, entonces nos encontramos ante un estado de necesidad *justificante* (§ 34) pues la vida y la salud del niño prevalecen sobre la libertad de decisión del cuidador irrazonable. A pesar de que para estos casos está regulado legalmente un procedimiento, resulta aplicable el § 34 al existir un peligro inmediato para la vida o la salud (vid. también *supra* § 33 IV 3d). El consentimiento de uno sólo de los padres sólo es admisible en casos excepcionales (BGH JZ 1989, pág. 93).

⁶⁶ Acerca del consentimiento de personas sin libertad *Amelung*, ZStW 95 (1983) págs. 1 ss.

afectado (BGH 32, 267 [269 ss.]; OLG Stuttgart NJW 1982, pág. 2266)⁶⁷. La ineficacia se extenderá también a aquellas hipótesis en las que el afectado, como consecuencia de un error o de un engaño, no alcanza a ver la finalidad altruista del sacrificio de su bien jurídico o se equivoca en cuanto al sentido del consentimiento para evitar un daño propio o ajeno; tanto en uno como en otro caso el consentimiento no es expresión de su autonomía⁶⁸. En relación con la *amenaza*, ésta debe contener un mal de considerable importancia⁶⁹. El consentimiento es revocable libremente y además no se requiere una impugnación del mismo en el sentido del Derecho civil. Irrelevante es, finalmente, si el consentimiento mismo atenta contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres porque los §§ 134, 138 BGB son tan inaplicables al consentimiento como el resto de las disposiciones del Derecho civil relativas a la declaración de voluntad (RG 74, 91 [95]; RG DR 1943, pág. 234; BGH 4, 88 [91])⁷⁰. No obstante, en la práctica la contrariedad a las costumbres del hecho (§ 226a⁷¹) y del consentimiento son difíciles de separar.

Ejemplo: La prescripción de sustancias estupefacientes que no se encuentra médicamente fundada y llevada a cabo por la petición de un adicto es contraria a las costumbres y, por ello, punible a pesar de la presencia del consentimiento (§§ 223, 226a⁷²; RG 77,

⁶⁷ *Arzt*, Willensmängel págs. 20, 30 habla con acierto en este sentido de “engaño referido al bien jurídico” y de “error relativo al bien jurídico”. Asimismo, *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 13 A núms. 15 ss.; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe pág. 131; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974) pág. 82; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 46 antes del § 32; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 43 antes del § 32; *Jakobs*, Allg. Teil 7/118; *Kußmann*, Einwilligung págs. 340 ss.; *Roxin*, Noll-Gedächtnisschrift págs. 275 ss.; *Schlehofer*, Einwilligung págs. 82 ss.; *M.-K Meyer*, Ausschluß der Autonomie pág. 182. La tesis dominante va todavía más lejos (cualquier vicio de la voluntad); vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 106; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 3b antes del § 32; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 119 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 59.

⁶⁸ Así, *Roxin*, Noll-Gedächtnisschrift págs. 285 ss.

⁶⁹ Vid. *Arzt*, Willensmängel pág. 35; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 120 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 13 núm. 78; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 48 antes del § 32; *Wessels*, Allg. Teil núm. 376.

⁷⁰ La cuestión resulta discutida en la literatura; en el mismo sentido que aquí, *Berz*, GA 1969, pág. 70; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 13 A núm. 25; *LK (10.ª) (Hirsch)* § 226a núm. 7; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 17 núm. 67; *Kohlrausch/Lange*, § 226a anotación III; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 38 antes del § 32; *Welzel*, Lehrbuch pág. 96. Con otro criterio *Amelung*, Einwilligung págs. 56 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 327 ss.; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 167; *Geerds*, GA 1954, pág. 268.

⁷¹ Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

⁷² Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

17 [21]). Asimismo, el consentimiento aquí también podría ser ineficaz por la falta de capacidad de raciocinio del paciente (pág. 20).

V. El conocimiento del consentimiento por el autor

Como en todas las causas de justificación también en el consentimiento debe concurrir el elemento subjetivo de justificación. En el sentido de la teoría ecléctica o conciliadora (vid. *supra* § 34 IV 2), el autor debe haber actuado **con conocimiento y sobre la base** del consentimiento de la víctima⁷³. La cuestión de cómo resolver la falta de este conocimiento es objeto de discusión. En este caso lo correcto es aplicar las reglas correspondientes a la tentativa puesto que mediante el consentimiento realmente suministrado desaparece el injusto de resultado y permanece el de acción (vid. *supra* § 31 IV 2)⁷⁴.

Ejemplo: Tras un baile de carnaval el sobrino empeña el reloj de oro de su tío de quien lo había recibido como un simple préstamo para su disfraz como "capitalista rico". A su vuelta a casa el sobrino encuentra una carta de su tío regalándole el reloj en cuestión. El sobrino es punible por una tentativa de apropiación indebida (§§ 246, 22).

VI. Derecho extranjero

En el *extranjero* la cuestión del consentimiento del ofendido como causa de justificación es abordada de diferente modo. La doctrina *austriaca* admite el consentimiento con la misma extensión que la alemana⁷⁵. El StGB regula el consentimiento en las lesiones en el § 90 I (al igual que el § 226a⁷⁶ del StGB alemán) y en la esterilización en el § 90

⁷³ Así, Bockelmann/Volk, Allg. Teil pág. 104; LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núm. 140 antes del § 32; Wessels, Allg. Teil núm. 379. Con otro criterio (simple conocimiento) Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 51 antes del § 32; SK (Samson) nota preliminar núm. 47 antes del § 32. Gallas, Bockelmann-Festschrift pág. 174, niega el elemento subjetivo en el consentimiento sobre la base de que los presupuestos objetivos "residen aquí exclusivamente en el ámbito de eficacia del ofendido"; asimismo, Roxin, Allg. Teil I § 13 núm. 46.

⁷⁴ Como aquí, Baumann/Weber, Allg. Teil pág. 329; Sauer, Allg. Strafrechtslehre pág. 137; Blei, Allg. Teil págs. 136 ss.; Frisch, Lackner-Festschrift págs. 138 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 15 antes del § 32; Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 494; Wessels, Allg. Teil núm. 379; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 278; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 25 núm. 34; Lackner, § 22 núm. 16. A favor de la consumación, por el contrario, Dreher/Trändle, § 16 núm. 28; LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núm. 59 antes del § 32. Favorable al error de tipo en el sentido del § 16 Roxin, Allg. Teil I § 13 núm. 83.

⁷⁵ Vid. Rittler, Tomo I págs. 150 ss.; WK (Nowakowski) anotación posterior núms. 33 ss. al § 3; Triffiterer, Allg. Teil págs. 239 ss.; Leukauff/Steininger, § 3 núms. 34 ss.; Zipf, ÖJZ 1977, págs. 379 ss.

⁷⁶ Vid. la nota a pie núm. 33 (N del T).

II como causas de justificación. El Derecho *suizo*, desde su concepción liberal básica, fue ya más lejos con anterioridad⁷⁷. En *Francia*, a causa del carácter jurídico-público del Derecho penal y del principio de “*légalité des excuses*” recogido en el (anterior) art. 65 C.p., el consentimiento sólo es admitido cuando se encuentra en un texto legal o cuando el caso puede ser equiparado a una “*autorisation légale*”⁷⁸. Lógicamente, también conoce los supuestos del acuerdo que excluye la tipicidad⁷⁹. Al igual que el Derecho anterior, el Código penal de 1994 no contiene ninguna regulación sobre el consentimiento. El Derecho *belga* coincide con el francés⁸⁰. La doctrina *española* trata el consentimiento como causa de justificación, pero también distingue los casos en los que existe un acuerdo; todo ello es considerado como un problema interpretativo^{81 82}. En los *Países Bajos* se subraya el carácter público del Derecho penal y, de acuerdo con la naturaleza del consentimiento, aparece como una excepción⁸³. La doctrina *italiana* reconoce el consentimiento sobre la base del art. 50 C.p. probablemente en la misma extensión que la alemana⁸⁴. Por el contrario, el Derecho *norteamericano* enfatiza la primacía de la “*public morals*” y de la “*public peace*” frente a la libertad de decisión de carácter individual⁸⁵. En el Derecho

⁷⁷ Así, *Haefliger*, Allg. Teil pág. 170 quiso admitir el consentimiento en las lesiones corporales sin limitación alguna. Ahora se muestra en contra, desde luego, la opinión mayoritaria; vid. *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 189 ss.; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I pág. 126; *Rehberg*, Strafrecht págs. 149 ss.; *Graven*, L'infracción pág. 148; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe pág. 83; *Schultz*, Einführung I pág. 168 (con carácter general el consentimiento es considerado como causa de justificación). Vid. también *Haefliger*, SchwZStr 67 (1952) pág. 99.

⁷⁸ Vid. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núms. 357 ss.; *Merle/Vitu*, Traité I núm. 446; *Jeandidier*, Droit pénal général núm. 252.

⁷⁹ *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núms. 358 ss.; *Merle/Vitu*, Traité I núm. 447.

⁸⁰ *Tulkens/van de Kerkhove*, Introduction págs. 217 ss.; *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 392 ss.

⁸¹ *Mir Puig*, Adiciones Tomo I págs. 529 ss.; *Cerezo Mir*, El consentimiento págs. 208 ss.; *Casas Barquero*, El consentimiento, 1987.

⁸² A diferencia del texto punitivo de 1973, el art. 155 del C.p. de 1995 reconoce novedosamente un importante efecto atenuatorio (rebaja en uno o dos grados de la pena) del consentimiento en los delitos de lesiones, siempre que se trate de un consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido. Asimismo, el art. 156 recoge los efectos eximentes del consentimiento para los supuestos de trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual (N del T).

⁸³ *Pompe*, Handboek págs. 10 ss. Profundizando sobre la cuestión y en el sentido del texto *HazewinkelSuringa/Rommeling*, Inleiding págs. 352 ss. Acerca del Derecho penal sudafricano vid. *S. A. Strauss*, Aspekten van die begrip “toestemming”, 1963.

⁸⁴ Una extensa exposición puede encontrarse ahora en *Riz*, Il consenso dell'avente diritto, 1979; *Bettiol/Pettoello Mantovani* Diritto penale págs. 400 ss.; *Romano*, Commentario, Art. 50 núm. 1 (causa de justificación), núm. 5 (alcance), núm. 6 (fundamentación en el mismo sentido del texto).

⁸⁵ Vid. *Honig*, Das amerikanische Strafrecht pág. 166; *Hall*, General Principles pág. 232; *LaFare/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 687 ss.; *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo I págs. 307 ss., quien diferencia tres clases de aprobación por parte del ofendido.

inglés son discutidos sobre todo casos concretos que gozan de una cierta similitud con una teoría general⁸⁶. El Derecho *brasileño* ha desarrollado para el consentimiento estructuras parecidas a las de Alemania, pero su Código penal no contiene ninguna regulación sobre la materia⁸⁷.

VII. El consentimiento presunto

Abrens, Geschäftsführung ohne Auftrag als Strafausschließungsgrund, Diss. Göttingen 1909; *Arndt*, Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund Strafr. Abh. Heft 268, 1929; *Eichler*, Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, Strafr. Abh. Heft 284, 1931; *Geppert*, Anmerkung zu BGH 35, 246, JZ 1988, pág. 1024; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 19; *v. Hippel*, Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 1; *Hoyer*, Anmerkung zu BGH 35, 246, StV 1989, pág. 245; *Lenckner*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 165; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924) pág. 207; *Müller-Dietz*, Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung, JuS 1989, pág. 280; *Roxin*, Über die mutmaßliche Einwilligung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 447; *Rudolphi*, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 73; *Tiedemann*, Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder, JuS 1970, pág. 108; *Unger*, Die Zueignung von Geld usw., 1973; *Voltz*, Die Züchtigung fremder Kinder und die Versuche ihrer Rechtfertigung, ZStW 50 (1930) pág. 339; *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970.

Vid., además, la información bibliográfica anterior al § 34

1. El consentimiento presunto es una **causa de justificación *sui generis*** que, no obstante, conecta con la posibilidad de prestación del consentimiento por parte del titular del bien jurídico⁸⁸. Aquí nos encontramos ante un consentimiento

⁸⁶ Vid. *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 770 ss.; *el mismo*, CrimLRev 74 (1962) págs. 154 ss.; *el mismo*, Textbook págs. 549 ss.; *Kenny/Turner*, Outlines págs. 208 ss.; *Rubinstein*, The Victim's Consent págs. 193 ss.

⁸⁷ *Fragoso*, Lições págs. 199 ss.

⁸⁸ El desarrollo de esta teoría se debe especialmente a *Mezger*, GS 89 (1924) págs. 287 ss. y Lehrbuch págs. 218 ss. *Günther*, Strafrechtswidrigkeit págs. 351 ss. acepta tan sólo una causa de exclusión del injusto penal. Por el contrario, *Roxin*, Welzel-Festschrift pág. 448 y Allg. Teil I § 18 núm. 8 se decanta con acierto a favor de "una causa de justificación autónoma". Igualmente, BGH 35, 246 (249) con comentario de *Geppert*, JZ 1988, pág. 1025, así como *Hoyer*, StV 1989, pág. 245; *Hruschka*, Dreher-Festschrift pág. 204; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 129 antes del § 32; *Müller-Dietz*, JuS 1989, pág. 281; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 18 núm. 4 (de

que aunque de acuerdo con las circunstancias podría ser prestado eficazmente, sin embargo o no existe o no puede ser recabado a tiempo porque el titular del bien jurídico o, en su caso, su representante legal no está localizable o está inconsciente y necesitado de un tratamiento médico urgente; con estos presupuestos, existen casos en los que desde una *valoración objetiva ex ante* de todas las circunstancias la prestación del consentimiento por parte del interesado habría tenido lugar con toda seguridad (RG 61, 242 [256]; BGH 16, 309 [312]; OLG Frankfurt MDR 1970, pág. 694)⁸⁹. También es equiparable el supuesto en el que el propio titular del bien jurídico habría renunciado con seguridad a ser consultado (OLG Hamburg NJW 1960, pág. 1482)⁹⁰.

Ejemplos: En el internamiento hospitalario de una persona inconsciente gravemente herida, puede llevarse a cabo una intervención inmediata sin el consentimiento del paciente por motivos sanitarios siempre que pueda aceptarse que él mismo habría consentido de conocer tales circunstancias (vid. RG 25, 375 [381 ss.], donde sin embargo se planteó el caso contrario). Del mismo modo, en el aborto terapéutico donde según el § 218 a II⁹¹ se precisa el consentimiento real de la mujer, es suficiente con su consentimiento

otra opinión todavía Zipf, Einwilligung pág. 55 [adecuación social]); Schönke/Schröder/Eser, nota preliminar núm. 54 antes del § 32.

⁸⁹ Así se manifiesta la doctrina mayoritaria; vid. Baumann/Weber, Allg. Teil págs. 332 ss.; Blei, Allg. Teil pág. 138; Dreher/Tröndle, nota preliminar núm. 4 antes del § 32; Lackner, nota preliminar núm. 21 antes del § 32; LK (11.ª) (Hirsch) nota preliminar núm. 129 antes del § 32; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 28 núms. 13 ss.; Roxin, Welzel-Festschrift pág. 448; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 54 antes del § 32; WK (Nowakowski) nota posterior núm. 39 al § 3; Wessels, Allg. Teil núms. 381 ss. Aceptándolo como un supuesto específico del estado de necesidad justificante Arndt, Mutmaßliche Einwilligung págs. 67 ss.; H. Mayer, Lehrbuch pág. 168; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 317; Welzel, Lehrbuch pág. 92, pero sin razón pues aquí lo importante es la voluntad aquiescente del titular del bien jurídico, tal y como se habría mostrado ante el análisis de la situación fáctica, incluso aunque el resultado de la ponderación de intereses estuviera en contra de tal voluntad (en este sentido también Bockelmann/Volk, Allg. Teil pág. 106).

⁹⁰ Así, Schönke/Schröder/Eser, nota preliminar núm. 54 antes del § 32; Tiedemann, JuS 1970, pág. 109. Con otro criterio LSG Celle NJW 1980, pág. 1352; LK (11.ª) (Hirsch) nota preliminar núm. 136 antes del § 32; Roxin, Welzel-Festschrift pág. 461; *el mismo*, Allg. Teil I § 18 núm. 10; SK (Samson) nota preliminar núm. 50 antes del § 32. En contra del caso resuelto por la BGH 35, 246, tendría que haberse recabado la aprobación de la paciente pues no existía peligro vital y tenía que haber sido ella quien escogiera entre asumir el riesgo de un nuevo embarazo o renunciar a su capacidad reproductiva (asimismo, Müller-Dietz, JuS 1989, pág. 280; Hoyer, StV 1989, pág. 245).

⁹¹ Téngase en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto de 28.5.1993 (BVerG, 88, 203), que declaró inconstitucional la solución del plazo introducida por la Ley de ayuda a las embarazadas y a la familia de 27.7.1992 (BGBl. I pág. 1398), así como la nueva regulación introducida por la Ley de reforma de la ayuda a las embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. I pág. 1050) (N del T).

to presunto cuando, por ejemplo, a causa de su inconsciencia aquél no puede ser recabado (RG 61, 242 [256]). El causante de unos daños en la carrocería a un automóvil aparcado puede, en lugar de esperar en el lugar del accidente (§ 142), ir a buscar personalmente a la persona afectada por los daños (BayObLG JZ 1983, pág. 268). Sin embargo, en el ocasionamiento de unos daños materiales de considerable importancia no basta su mera puesta en conocimiento para aceptar el consentimiento presunto de un alejamiento del lugar del accidente (OLG Koblenz VRS 57, 13).

Hay que distinguir *dos grupos de casos* en los que se plantea el consentimiento presunto⁹².

a) Por un lado, puede tratarse de **conflictos internos de intereses y bienes** en el ámbito de la vida del ofendido que deben ser solucionados por una intervención exterior que tiene lugar en un sentido concreto, al no poder ser tomada a tiempo una decisión propia. Este supuesto es cercano al estado de necesidad justificante (en su modalidad de auxilio necesario) porque aquí también hay que ponderar si uno de los intereses prevalece esencialmente sobre el otro. La diferencia reside en que los intereses implicados corresponden a la misma persona, en que por parte de un tercero en sí mismo no facultado para ello debe hacer la elección, y en que siempre resulta decisiva la voluntad presunta del titular del bien jurídico.

Ejemplos: El médico lleva a cabo una amputación (§ 224⁹³) inaplazable que salva la vida a un paciente en estado inconsciente e internado con graves heridas. La esposa abre una carta enviada hace tiempo a su marido por el Ministerio de Hacienda para evitar que expire un plazo importante (§ 202). Alguien se introduce en la casa de un vecino que se encuentra de viaje para impermeabilizar una tubería defectuosa (§ 123). Vid., asimismo, el caso resuelto por la RG 60, 117 (120).

b) Por otro lado, puede también darse el caso de que sea presumible por parte del afectado la **renuncia a sus propios intereses en beneficio del autor o de un tercero**. En esta situación la presunción descansa o bien sobre la conformidad del titular del bien jurídico con el escaso interés en la conservación del bien afectado, o bien sobre la existencia de motivos especiales relativos a la persona implicada⁹⁴.

Ejemplos: Algunos jóvenes recogen frutas caídas de árboles ajenos (§ 248a) en un año de rica cosecha. Alguien utiliza la bicicleta aparcada de un amigo (§ 248b) para no perder un tren importante. La empleada de hogar regala a un mendigo el traje desgastado

⁹² Asimismo, *Blei*, Allg. Teil pág. 139; *Roxin*, *Welzel-Festschrift* pág. 464; *SK (Samson)* nota preliminar n. 48 antes del § 32.

⁹³ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 I 2 (N del T).

⁹⁴ Para este segundo grupo de casos *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 318 rechaza la justificación.

del dueño de la casa (§ 242)⁹⁵. En la producción de unos daños de escasa consideración a un automóvil aparcado, el conductor responsable deja su dirección sin esperar en el lugar del accidente (§ 142). Vid. también el caso comentado anteriormente resuelto por la BayObLG JZ 1983, pág. 268.

2. La eficacia justificante del consentimiento presunto descansa sobre una combinación de tres puntos de vista: en primer lugar debe tener lugar una **ponderación de intereses** en el sentido del ofendido, en segundo lugar debe ser realizada una presunción objetiva acerca de cuál habría sido la **resolución más probable** de haber conocido aquél la situación y, finalmente, recurrir a la idea del **riesgo permitido**, de lo que se deriva sobre todo el deber de realizar un examen minucioso (vid. *infra* § 36 I 1)⁹⁶. Los dos primeros criterios mencionados no son independientes entre sí sino que muestran una relación recíproca. Por lo general, de la ponderación de intereses se deriva si hubiera cabido esperar el consentimiento del ofendido; pero de su particularidad subjetiva también puede deducirse que no habría aprobado la solución del conflicto de intereses dirigida a su “verdadero provecho”. Ambos puntos de vista destacan en los dos grupos de casos con una fuerza distinta. Generalmente, en el conflicto interno de intereses la decisión que objetivamente sea más razonable se corresponderá también con la voluntad presunta del afectado. Por el contrario, y prescindiendo de casos que carecen de peso específico como el de cambiar dinero que se toma de una caja ajena⁹⁷, en la renuncia al interés la solución dependerá bastante de la opinión personal del titular del bien jurídico⁹⁸. Sin embargo, en ambos casos también debe ser respetada

⁹⁵ Si existiera la aprobación del titular del bien jurídico estaríamos en presencia de supuestos de acuerdo (“Einverständnis”) que excluyen ya el propio tipo penal (vid. *supra* § 34 I 1b). Sin embargo, en el consentimiento presunto no hay que hacer una diferenciación de este tipo, pues el acuerdo debe existir realmente y no puede sólo presumirse.

⁹⁶ Así, *Leckner*, H. Mayer-Festschrift pág. 181; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núms. 15 ss.; *Roxin*, *Welzel-Festschrift* pág. 453; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 58 antes del § 32; *Wessels*, Allg. Teil núm. 381.

⁹⁷ Incluso hay que negar la apropiación en la *utilización* de un importe mínimo de dinero ajeno cuando se tiene la certeza acerca de la capacidad de reembolso, de modo que el punto de vista del consentimiento presunto ni siquiera interviene; así, *Tiedemann*, JuS 1970, págs. 110 ss.; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 139 antes del § 32. Con otro criterio OLG Köln NJW 1968, pág. 2348.

⁹⁸ De la heterogeneidad en la configuración de los casos se explica que en la doctrina científica ambos puntos de vista sean enfatizados con diferente firmeza. Y así, *Mezger*, *Lehrbuch* pág. 220 y *Blei*, Allg. Teil pág. 138, destacan el componente del consentimiento, mientras que *Frank*, § 51 nota preliminar núm. III; *Eichler*, *Handeln im Interesse des Verletzten* pág. 53; *Hegler*, ZStW

una "voluntad irrazonable" del portador del bien jurídico protegido (vid. el caso resuelto por la BverfGE 32, 98) cuando aquélla es conocida o puede ser deducida, pues en el consentimiento presunto no se trata de un caso permitido de "tutela prestada por un auxiliador no requerido"⁹⁹, sino de una decisión en el sentido del afectado¹⁰⁰. Por tanto, el hecho sólo está justificado cuando posteriormente la presunción ha resultado ser equivocada a pesar de un examen cuidadoso de carácter objetivo. En este caso la justificación de la intervención descansa sobre la idea del riesgo permitido (vid. *infra* § 36 II 3).

Los puntos de vista que resultan decisivos para el consentimiento presunto se basan también en las disposiciones de Derecho civil relativas a la *gestión de negocios ajenos*. El gestor tiene que actuar "tal y como exige el interés del mandante en atención a su voluntad real o presunta" (§ 677 BGB). Sin embargo, la anterior aplicación analógica de estos preceptos que se recomendaba en Derecho penal¹⁰¹, no puede ser aprobada en la medida en que sólo regula la compensación interna de daños y gastos, pero no los presupuestos de la intervención sobre bienes jurídicos ajenos que es lo que importa a la justificación penal. De este modo, sobre la base del § 679 BGB, difícilmente puede apelarse a la acusación de administración desleal (§ 266) a un banco que, durante la ausencia de uno de sus clientes motivada por la realización de un largo viaje, decide arbitrariamente detraer dinero de su cuenta para cumplir con su deber legal de alimentos¹⁰².

3. Por lo demás, en el consentimiento presunto deben cumplirse los **mismos requisitos** que fueron exigidos para la eficacia del consentimiento real. La pre-

36 (1915) pág. 42 y *Traeger*, GS 94 (1927) págs. 154 ss., colocan en un primer plano el punto de vista del interés.

⁹⁹ Así, acertadamente *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 168. Incluso ante menoscabos de escasa entidad o de carácter temporal permanece como criterio decisivo la decisión que, de acuerdo con las circunstancias, se recabe del afectado; vid. *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 136 antes del § 32; *Roxin*, *Welzel-Festschrift* pág. 461. Con otro criterio *Tiedemann*, JuS 1970, pág. 109; *Unger*, *Die Zueignung von Geld*, 1973.

¹⁰⁰ En el caso resuelto por la BGH 35, 246 (250) no era aceptable un error sobre los presupuestos fácticos del consentimiento presunto, sino un error culpable de prohibición conforme al § 17, inciso segundo, al desconocer el médico que tenía que recabar el consentimiento de la paciente (error de prohibición acerca de los límites de una causa de justificación) (vid. *supra* nota a pie núm. 90). Asimismo, *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 29.

¹⁰¹ Así, *Zitelmann*, AcP 99 (1906) pág. 104; *Ahrens*, *Geschäftsführung ohne Auftrag* págs. 29 ss.; v. *Hippel*, RG-Festgabe págs. 2 ss.

¹⁰² De otra opinión *Welzel*, Lehrbuch pág. 93; *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 9. En el mismo sentido del texto, *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 130 antes del § 32; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 397; *Jakobs*, Allg. Teil 15/18.

sunción tiene que referirse al momento del hecho, siendo irrelevante la esperanza de una aprobación posterior (RG 25, 375 [383]). Además, el portador del bien jurídico cuyo consentimiento debe justificar el hecho debe poseer la capacidad general de raciocinio y juicio que habría sido necesaria para valorar correctamente el significado de la intervención. De lo contrario hay que acudir a la voluntad presunta del representante legal¹⁰³. Asimismo, aquí no es importante si el consentimiento presunto atenta por sí mismo a las buenas costumbres, pues como con la presunción acerca de la decisión de otro siempre está anudado un cierto riesgo, el autor puede llevar a cabo la intervención en la esfera jurídica ajena si ha **examinado detenidamente** las circunstancias¹⁰⁴. Si *no* ha realizado tal examen conforme a deber y la intervención contradice la verdadera voluntad del afectado, el hecho resulta ser finalmente antijurídico. Por el contrario, si el autor decide lo correcto sin tal examen, actúa conforme a Derecho puesto que han sido preservados el interés y la voluntad del afectado.

4. El consentimiento presunto posee una importancia práctica significativa sobre todo para las intervenciones médicas y, en menor medida, también para el problema de la corrección de niños ajenos.

a) Resultan punibles el **aborto no consentido** (§ 218) y el **tratamiento curativo arbitrario** (§ 223) (vid. *supra* § 34 III 3a). Sin embargo, para ambos casos es evidente que basta el consentimiento presunto para su justificación. De esta forma, no se precisa el consentimiento de la embarazada (§ 218a II) cuando, por su situación, no puede consentir eficazmente o tampoco cabría aceptar que lo negaría caso de poder prestarlo. Lo mismo sucede con el tratamiento curativo. De ello se deriva que la decisión del médico debe tomarse en última instancia desde el punto de vista del paciente, y no partir meramente de la idea de que lo que debe suceder es lo que razonablemente “debió querer” el paciente. Igualmente, rigen los principios del consentimiento presunto cuando no puede ser recabado el consentimiento del paciente basado en un completo conocimiento de los hechos, debido a que la explicación íntegra relativa a la naturaleza y alcance del padecimiento vendría a menoscabar previsible y considerablemente el resultado del tratamiento por el efecto de choque (“Schockwirkung”) que supondría el relato de toda la verdad (vid. § 162 III E 1962)¹⁰⁵.

¹⁰³ Asimismo, *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 4.

¹⁰⁴ Así, *Lenckner*, H. Mayer-Festschrift pág. 181; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núm. 15; *Roxin*, Welzel-Festschrift págs. 453 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 319. De otra opinión, *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 140 antes del § 32; *Rudolphi*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 86 ss.

¹⁰⁵ Vid. sobre ello *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 9p; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 226a núm. 35.

b) Un derecho a la **corrección de niños ajenos** no puede ser apoyado sobre la idea del consentimiento presunto por parte de las personas facultadas para su educación; en el mejor de los casos puede plantearse la legítima defensa o una acción realizada en estado de necesidad^{106 107}.

§ 35 La actuación en el ejercicio de facultades públicas y otros casos cercanos

Achenbach, Vorläufige Festnahme usw., JA 1981, pág. 660; *Amelung*, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, JuS 1986, pág. 329; *Arndt*, Grundriß des Wehrstrafrechts, 2.^a ed. 1966; *el mismo*, Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, NZWehrr 1960, pág. 145; *Arzt*, Zum privaten Festnahmerecht, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 1; *Battenberg*, Das auf Befehl begangene Verbrechen, Strafr. Abh. Heft 189, 1916; *Beling*, Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, 1913; *Bertram*, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes, 1970; *Blank*, Die strafrechtliche Bedeutung des Art. 20 IV GG, 1982; *Böckenförde*, Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970, pág. 168; *Borchert*, Die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO, JA 1982, pág. 338; *Bringewat*, Der rechtswidrige Befehl, NZWehrr 1971, pág. 126; *Bruns*, Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers, JZ 1957, pág. 410; *Doehring*, Das Widerstandsrecht des GG und das überpositive Recht, Der Staat 8 (1969) pág. 429; *Dolaptschieff*, Sind rechtswidrige bindende Befehle möglich? ZStW 58 (1939) pág. 238; *Fincke*, Darf sich eine Privatperson bei der Festnahme nach § 127 1 StPO irren? GA 1971, pág. 41; *el mismo*, Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, pág. 87; *Friebe*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Lehrers, 2.^a ed. 1958; *Fuhrmann*, Der höhere Befehl als Rechtfertigungsgrund im Völkerrecht, 1963; *Henkel*, Strafverfahrensrecht, 2.^a ed. 1968; *Heuer*, en: *Birtles* y otros, Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen, 1976; *Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) pág. 78; *Isensee*, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969; *Jescheck*, Verantwortung und Gehorsam im Bereich der Polizei, Das Polizeiblatt für das Land Baden-Württemberg 1964, pág. 97; *el mismo*, Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, en: Bundeswehr und Recht 1965, pág. 63; *Jung*, Das Züchtigungsrecht des Lehrers, 1977; *Karstendiek*, Nochmals: Züchtigungsrecht heute,

¹⁰⁶ Así, RG 61, 191 (193); 76, 3 (6); RG DR 1944, pág. 612; BayObLG 15, 30; OLG Saarbrücken NJW 1963, pág. 2379. Asimismo, LK (10.^a) (*Hirsch*) § 223 núm. 28; *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 15a; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núm. 25; *Lackner*, § 223 núm. 11; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núm. 31; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 318.

¹⁰⁷ Vid. *Eichler*, Handeln im Interesse des Verletzten págs. 76 ss.; *Roxin*, Welzel-Festschrift pág. 466; *Voltz*, ZStW 50 (1930) págs. 354 ss. Acerca de posibles excepciones con ocasión de la existencia de especiales relaciones de cuidado *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 23.

DRiZ 1975, pág. 333; *Arthur Kaufmann* (ed.), *Widerstandsrecht*, 1972; *Kienapfel*, Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz, 1961; *Kohlhaas/Schwenck*, Rechtsprechung in Wehrstrafsachen, 1967; *v. Kopp*, Zum Urteil des BGH über das Züchtigungsrecht der Lehrer, JZ 1955, pág. 319; *Kriele*, Ehrenschaft und Meinungsfreiheit, NJW 1994, pág. 1897; *Krey/W. Meyer*, Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei usw., ZRP 1973, pág. 1; *Krüger*, Polizeilicher Schußwaffengebrauch, 3.^a ed. 1977; *el mismo*, Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, NJW 1973, pág. 1; *Küper*, Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen, JuS 1987, pág. 81; *W. Lange*, Probleme des polizeilichen Waffengebrauchsrechts, MDR 1974, pág. 357; *el mismo*, Der neue Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes usw., MDR 1977, pág. 10; *Laubenthal*, Anmerkung zu BayObLG vom 18.10.1990, JR 1991, pág. 519; *Lenckner*, Der "rechtswidrige verbindliche Befehl" im Strafrecht-nur noch ein Relikt? Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 223; *H. Mayer*, Der bindende Befehl im Strafrecht, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 598; *M. E. Mayer*, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, Festschrift für P. Laband, 1908, pág. 121; *Meinke*, Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat usw., Diss. Hamburg 1963; *Middendorff*, Claus Graf Schenk von Stauffenberg, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1175; *Oehler*, Handeln auf Befehl, JuS 1963, 301; *Ostendorf*, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, pág. 165; *Petri*, Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts, ZRP 1976, pág. 64; *Reindl/Roth*, Die Anwendung des unmittelbaren Zwanges in der Bundeswehr, 1974; *Rolinski* Anmerkung zu BGH vom 25.11.1986, StV 1988, pág. 63; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 23.^a ed. 1993; *Rüping/Hüsch*, Abschied vom Züchtigungsrecht des Lehrers, GA 1979, pág. 1; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965; *Rupprecht*, Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben, JZ 1973, pág. 263; *Scheidle*, Das Widerstandsrecht, 1969; *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2.^a ed. 1983; *la misma*, Kein Recht zur Beweisvernichtung nach einem potentiellen Selbstbedienungsladendiebstahl, JR 1987, pág. 309; *J. Schmidt*, Nochmals: Die bewußte Tötung bei polizeilichem Schußwaffengebrauch, NJW 1973, pág. 499; *E. Schneider*, Züchtigungsrecht heute! DRiZ 1975, pág. 149; *H. Schneider*, Widerstand im Rechtsstaat, 1969; *Schölz/Lingens*, Wehrstrafgesetz, 3.^a ed., 1988; *Schreiber*, Befehlsbefugnis und Vorgesetztenverhältnis in der Bundeswehr, 1965; *B. Schünemann*, Rundum betrachtet, JA 1972, pág. 707; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform usw., GA 1985, pág. 341; *W. B. Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985; *Schwenck*, Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts, 1973; *el mismo*, Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 97; *el mismo*, Die Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 495; *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, 1958; *Thiele*, Zum Rechtmäßigkeitsbegriff bei § 113 Abs. 3 StGB, JR 1975, pág. 353; *Triffterer*, Der tödliche Fehlschuß der Polizei, MDR 1976, pág. 355; *el mismo*, Ein rechtfertigender (Erlaubnistatbestands-)Irrtum? Festschrift für W. Mallmann, 1978, pág. 373; *Vitt*, Rechtsprobleme

des sogenannten "gefährlichen" Befehls, NZWehrr 1994, pág. 45; *Vogler*, Zum Einwand des Handelns auf Befehl im Völkerstrafrecht, *Revue de droit pénal militaire* 1968, pág. 111; *Vormbaum*, Zur Züchtigungsbefugnis von Lehrern und Erziehern, JR 1977, pág. 492; *Wagner*, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung-OLG Karlsruhe, NJW 1974, pág. 2142, JuS 1975, pág. 224; *el mismo*, Amtsverbrechen, 1975; *v. Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, pág. 34; *Weinkauff*, Über das Widerstandsrecht, 1956; *Westerburg*, Die Polizeigewalt des Luftfahrzeugkommandanten, 1961; *Wiedenbrüg*, Nochmals: Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, pág. 418.

I. La utilización de la coacción del Estado como causa de justificación

1. En numerosas leyes está prevista la utilización de la coacción estatal como último recurso para el cumplimiento de fines públicos. Un **órgano estatal** que realiza un tipo penal (vgr., homicidio doloso, lesiones corporales, privación de libertad, coacciones, allanamiento de morada, apertura de correspondencia, daños materiales, etc.) sobre la base y dentro del marco de sus **facultades públicas actúa conforme a Derecho**. Lo mismo sucede respecto a los particulares cuyo apoyo es *requerido* por parte de los funcionarios (§ 114 II), mientras que respecto a quienes les auxilian *voluntariamente* sólo se plantean las causas de justificación comunes (vgr., §§ 32, 34 StGB, § 127 StPO).

Ejemplos: En la *ejecución forzosa* son registrados obligatoriamente la vivienda y los enseres del deudor (§ 758 ZPO), con la finalidad de llevar a cabo el embargo el órgano judicial ejecutivo toma posesión de las cosas en poder del deudor sacándolas a subasta pública (§§ 808, 814 ZPO), se fuerza al deudor a la restitución de las cosas muebles y a su entrega al acreedor (§ 883 ZPO), así como a la realización de una declaración bajo juramento (§§ 807, 883 ZPO) o, en su caso, se le pone bajo arresto (§§ 901 ss. ZPO). En los *procesos concursales* el declarado en quiebra o concurso es sometido a restricciones de la libertad (§ 101 II KO), el administrador de la masa concursal toma posesión de ella y la valora (§ 117 KO), e incluso puede abrir el correo dirigido al deudor común (§ 121 I 2 KO). En *Derecho procesal penal* los sospechosos de la comisión del delito son inmediatamente detenidos de forma preventiva por la fiscalía, la policía (§ 127 II StPO) o, como consecuencia de una orden judicial (§§ 112 ss. StPO), son admisibles intervenciones corporales incluido el análisis de sangre (§§ 81a y c StPO), el acusado puede ser internado en un hospital psiquiátrico público con la finalidad de preparar un dictamen acerca de su estado mental (§ 81 StPO) y se procede a la retirada del carnet de conducir, al comiso de los medios de prueba (§ 94 StPO) y al registro del domicilio (§ 102 StPO); asimismo, el condenado a pena de prisión es ingresado en el centro penitenciario por la autoridad ejecutiva competente (§ 29 StVollstrO). Los *policías que están de servicio* pueden recurrir de forma inmediata a la violencia contra las personas o las cosas (por

ejemplo, violencia corporal, colocación de esposas, utilización de porras o empleo de agua o gas lacrimógeno) siempre que el fin policial perseguido no pueda ser alcanzado de otro modo (en relación con los funcionarios ejecutivos vid. la Ley Federal sobre la utilización inmediata de la violencia en el ejercicio de potestades públicas de 10.3.1961, (BGBl. I pág. 165); en relación con los soldados del ejército y vigilantes de seguridad privada vid. la Ley acerca del empleo inmediato de la violencia (etc.) de 12.8.1965 (BGBl. I pág. 796); acerca de las policías de los Länder el Derecho territorial como, verbigracia, la Ley de Policía de Baden-Württemberg en su redacción de 13.1.1992, GBl. pág. 1, §§ 26 ss.). Otras disposiciones especiales regulan los requisitos de la *utilización de armas de fuego* contra las personas¹ (vid. §§ 9 ss. UZwG; §§ 15 ss. UZwGBw; §§ 99, 178 StVollzG; §§ 53, 54 de la Ley de Policía de Baden-Württemberg²; acerca del derecho a usar las armas de fuego por parte de los guardas forestales, de caza y de pesca vid. las leyes aprobadas en algunos Länder: Ley de 26.2.1935, RGBl. I pág. 313 y su reglamento de 7.3.1935, RGBl. I pág. 377 [RG 72, 305, 306 ss.] así como el § 25 II BJagdG). En el *Derecho sanitario* está previsto el internamiento forzoso de enfermos sexuales (§ 18 II GeschlKrG), así como de enfermos mentales y personas adictas (de acuerdo con el Derecho territorial, por ejemplo, en la Ley de Baden-Württemberg de 2.12.1991, GBl. pág. 794) en los correspondientes establecimientos hospitalarios y curativos.

¹ Acerca de los requisitos generales de la utilización de armas de fuego por funcionarios de la Federación o de los Länder, así como por soldados del ejército federal vid. detalladamente *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núms. 150 ss. antes del § 32; *LK* (10.^a) (*Jähnke*) § 212 núms. 11 ss. Respecto al empleo de las armas de fuego por la policía *W. Lange*, MDR 1974, págs. 357 ss.; *Krüger*, Polizeilicher Schußwaffengebrauch págs. 11 ss., y por el ejército *Reindl/Roth*, Die Anwendung des unmittelbaren Zwanges págs. 88 ss. La policía tampoco puede matar dolosamente sin restricción de ningún tipo para el cumplimiento de fines públicos; vid. *Krüger*, Polizeilicher Schußwaffengebrauch pág. 26; *Maunz/Dürig*, art. 2 II GG núm. 18; *LK* (10.^a) (*Jähnke*) § 212 núm. 12. Quedan exceptuados los disparos a matar en supuestos de terrorismo y toma de rehenes siempre que con ello se evite un riesgo inmediato para la vida o cuerpo de la víctima o se consiga liberarla de su secuestro o detención, siempre que no exista un medio menos lesivo; así, *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 6 antes del § 32; *W. Lange*, MDR 1977, págs. 12 ss.; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 153 antes del § 32; *Rupprecht*, JZ 1973, págs. 263 ss.; *J. Schmidt*, NJW 1973, págs. 449 ss.; en contra, *Krey/Meyer*, ZRP 1973, pág. 4; *Krüger*, NJW 1973, págs. 1 ss. Sobre la adecuación a Derecho de un disparo mortal errado en la práctica de una detención legítima BGH MDR 1975, pág. 675. Disiente sobre la cuestión *Triffterer*, MDR 1976, págs. 355 ss. Acerca de las posibilidades de error *Triffterer*, Mallmann-Festschrift págs. 373 ss. El § 41 II 2 del Proyecto Modelo para una Ley de Policía común a toda la Federación y de los Länder de 11.6.1976 contiene una regulación de los requisitos para el uso del arma de fuego que "con una seguridad que raya en la certeza, traerá consigo consecuencias mortales".

² Sobre las restantes leyes territoriales vid. la visión general que suministra *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 150 antes del § 32.

2. Los requisitos especiales para el ejercicio de las facultades concretas de carácter violento están regulados en sus respectivos ámbitos. Por este motivo, aquí sólo pueden ser discutidos los *requisitos generales para la actuación al amparo de facultades públicas*³. Entre ellos se encuentran, en primer lugar, la **competencia material**: la acción oficial debe pertenecer por su naturaleza y circunscripción a las obligaciones del servicio del funcionario correspondiente.

Ejemplos: Es incompetente por razón de la materia el juez para el embargo material (§ 808 ZPO), el fiscal para ordenar la prisión preventiva (§ 114 I StPO) o el guarda de caza para funciones generales de seguridad ciudadana (RG 66, 339 [340]).

Requisito general para su legalidad es, además, la **competencia territorial**. Básicamente esta termina para los funcionarios territoriales en la frontera del Land correspondiente⁴ (existe una excepción en el § 167 GVG), mientras que los *funcionarios federales* pueden actuar en el marco de su competencia material en el conjunto del territorio federal⁵. Asimismo, es necesario el cumplimiento de algunas **prescripciones formales** esenciales destinadas a la protección del afectado (vgr., el carácter escrito de la orden de detención según el § 114 StPO o la notificación de la sentencia no más allá del instante del comienzo de la ejecución forzosa, tal y como prescribe el § 750 ZPO). Además, para todas las facultades coactivas rigen tanto el **principio de menor lesividad** de la intervención como el de su **proporcionalidad** como normas fundamentales del Estado de Derecho (BVerfGE 19, 342)(vid., por ejemplo, § 4 I y II UZwG).

3. El empleo de la coacción estatal está también justificado aún cuando con posterioridad resulte que los presupuestos objetivos de la intervención no habían concurrido (vid. *supra* § 31 IV 3). El motivo para este "privilegio del error" (*W. Jellinek*) por parte del Estado reside en que, con frecuencia, las decisiones ejecutivas deben ser tomadas con gran rapidez; de ahí que en beneficio de una imposición eficaz de los intereses de la colectividad, en el caso concreto el ciudadano también tenga que tolerar intervenciones por parte de los funcionarios públicos que, con posterioridad, aparecen injustificadas⁶. No obstante, el error debe afectar sólo a

³ Con mayor detenimiento vid. *LK* (11.^a) (*v. Bubnoff*) § 113 núms. 27 ss.

⁴ Por el contrario, la legalidad de las acciones oficiales es por regla general independiente de los distritos administrativos (vid. BGH 4, 110 [113]; § 68 de la Ley de Policía de Baden-Württemberg).

⁵ La policía ferroviaria, sin embargo, extiende sus competencias policiales sólo al ámbito territorial ferroviario (BGH 4, 110 [112]).

⁶ Vid. *Dreher/Tröndle*, § 113 núm. 14; *SK* (*Horn*) § 113 núm. 11a; *Oehler*, JuS 1963, pág. 302; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núms. 146 ss. antes del § 32; *LK* (11.^a) (*v. Bubnoff*) § 113 núm. 33; *Lackner*, § 113 núm. 12; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 29 núm. 6; *Haft*, Allg. Teil pág.

los presupuestos objetivos de la actuación y no a sus límites jurídicos (BGH 24, 125 [130])⁷.

Ejemplos: El órgano judicial ejecutivo actúa conforme a Derecho en el sentido del § 758 ZPO si, tras un examen conforme a deber respecto a quien considera el deudor, embarga la vivienda de éste aunque en realidad resulte no serlo (RG 61, 297 [299]). Es adecuada a Derecho la detención preventiva llevada a cabo según el § 127 II StPO cuando tras evaluar el funcionario conforme a deber sus presupuestos objetivos, posteriormente resulte que realmente no ha concurrido el hecho cuya existencia era altamente sospechosa (RG 38, 373 [375]). También lo es igualmente la extracción de sangre realizada de acuerdo con el § 81a StPO por un asistente sanitario a quien el policía ordenante tomó por un verdadero médico (BGH 24, 125 [130]). También en el empleo de armas de fuego resulta suficiente el examen detenido de los presupuestos (RG 72, 305 [311]). De acuerdo con el § 12 II 1 UZwG la finalidad de la utilización de armas de fuego sólo puede ser la neutralización de un ataque o de una huida. Si a pesar del cuidado debido tiene lugar la muerte del afectado el funcionario actúa asimismo conforme a Derecho (BGH MDR 1975, pág. 675; incorrectamente OLG Frankfurt NJW 1950, pág. 119).

Aunque avanza la opinión contraria que rechaza un tratamiento especial del error de tipo permisivo padecido por los funcionarios encargados de tareas ejecutivas⁸, sin embargo lo hace sin razón pues tales servidores públicos deben ejecutar continuamente medidas coercitivas que les conducen a situaciones difíciles y a menudo peligrosas, por lo que en el supuesto de un error acerca de la existencia de los presupuestos objetivos de la intervención no le debe ser concedida al afectado la posibilidad de actuar en legítima defensa o error de prohibición, en la medida en que aquéllos hayan cumplido con el examen concienzudo de tales presupuestos y actuado, pues, en el marco de su deber público.

113. En los tipos de sospecha (vgr., §§ 112, 127 II StPO) se deriva también la legalidad de la intervención incluso cuando de la Ley misma se deriva la inculpabilidad del afectado. En los otros casos existe un error de tipo permisivo que excepcionalmente justifica la intromisión si, a pesar de no concurrir los presupuestos fácticos, en aquélla concurrió un examen conforme a deber (RG 61, 297 [299]; BGH 4, 161 [164]; 21, 334 [363 ss.]). Sobre la cuestión vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 86 antes del § 32.

⁷ A favor de un tratamiento igualitario del error de Derecho LK (10.^a) (v. *Bubnoff*) § 113 núm. 34.

⁸ *Amelung*, JuS 1986, págs. 335 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 16/5; LK (11.^a) (*Spendel*) § 32 núms. 64 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núms. 9 ss.; *Ostendorf*, JZ 1981, págs. 165 ss.; *Schünemann*, JA 1972, págs. 707 ss.; *el mismo*, GA 1985, págs. 366 ss.; *Thiele*, JR 1975, págs. 353 ss.; *Wagner*, JuS 1975, págs. 226 ss.; *el mismo*, Amtsverbrechen págs. 327 ss.; *AK (Zielinski)* § 113 núms. 22 ss.

II. El mandato oficial y la orden militar como causas de justificación

1. Toda actividad estatal se lleva a cabo con la colaboración simultánea de órganos directivos y ejecutivos. Por ello, los empleados del Estado se encuentran en un orden jerárquico que está determinado por la **facultad de ordenar** y el **deber de obediencia**. En el ámbito civil las órdenes se denominan mandatos ("Anordnungen") (§ 55, inciso segundo, BBG) y en el militar órdenes ("Befehle") (§ 2 WStG). El deber de obediencia de los funcionarios se deriva del § 55, párrafo segundo, BBG y del § 37, párrafo segundo, BRRG, así como del Derecho territorial como, por ejemplo, el § 74, párrafo segundo, LBG Baden-Württemberg; por su parte, el deber de obediencia de los soldados está regulado en el § 11 I SG. El reglamento sobre la Relación de Subordinación Militar de 4.6.1956 (BGBl. I pág. 459) determina quiénes están facultados para dar órdenes en el ejército federal⁹.

2. El **deber de obediencia** sólo se fundamenta sobre los **mandatos obligatorios**. Pero el carácter vinculante de los mismos no depende de su legalidad o incluso de su adecuación al fin perseguido, sino que sigue sus reglas propias que emanan de la división de funciones entre los órganos que mandan y los que obedecen¹⁰. Hay que partir del principio de que en relación con el mandato del órgano superior competente existe una *presunción de legalidad*¹¹. Hasta donde alcance la presunción de legalidad el mandato es obligatorio incluso aunque realmente sea antijurídico. Los criterios que rigen tal obligatoriedad son de índole formal y material:

a) Los requisitos *formales* de la obligatoriedad son la *competencia abstracta* del órgano superior para emitir la orden y el cumplimiento de la *forma* prescrita.

b) Los requisitos *materiales* son, en primer lugar, que la orden no infrinja **manifiestamente** el Ordenamiento jurídico pues en este caso la antijuricidad es

⁹ Acerca de la anterior y diversa concepción fundamental del Reglamento de Subordinación del Derecho de defensa alemán *Schreiber*, Befehlbesugnis págs. 23 ss.

¹⁰ Acerca del ámbito civil vid. *Jescheck*, Das Polizeiblatt 1964, págs. 99 ss.; en relación con el ámbito militar *el mismo*, Befehl und Gehorsam págs. 77 ss. Respecto al espacio de discrecionalidad del superior vid. OLG Celle, *Kohlhaas/Schwenck*, § 22 WStG núm. 9.

¹¹ Siguiendo la opinión del texto principal *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam págs. 52, 99 ss., 165 ss. Asimismo, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 323; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 87 antes del § 32; *Lenckner*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 237. Con otra construcción (según la cual el Derecho externo sólo prevalece frente al mandato interno cuando éste lesiona la dignidad de la persona o infringe el Derecho penal) que llega a los mismos resultados *Rupp*, Grundfragen págs. 60 ss.

evidente sin más. En segundo lugar y por motivos materiales, un mandato no es obligatorio cuando el comportamiento ordenado lesiona la **dignidad de la persona** (RG 59, 330 [337]; RKG 1, 180) (vid. § 56 II 3 BBG, § 38 II BRRG, § 11 I 2 SG, § 22 I WStG, § 7 I 2 UZwG) o atenta contra las reglas generales del Derecho internacional (art. 25 GG). El supuesto más importante del carácter no vinculante de una orden es la **punibilidad del comportamiento ordenado** (§ 56 II 3 BBG, § 38 II 2 BRRG, § 75 II 3 LBG Baden-Württemberg). Esto rige también para el ámbito castrense (§ 22 I WStG, § 11 I 1 SG) y para los funcionarios de la Federación que desarrollan tareas ejecutivas (§ 7 II 1 UZwG)¹².

Si se ordena la comisión de una **infracción administrativa** entonces hay que adoptar un criterio diferenciador dependiendo de la función del subordinado: la orden es obligatoria para el soldado y el funcionario cuando se trate de la aplicación de la coacción inmediata¹³; en el resto de los casos el mandato no es obligatorio (§ 56 II 3 BBG, § 38 II 2 BRRG, § 75 II 3 LBG Baden-Württemberg).

Ejemplos: El soldado debe ejecutar la orden de ir a recoger a la Comandancia un teletipo con una bicicleta cuyo alumbrado está defectuoso, a pesar de que ello supone la comisión de una infracción administrativa de tráfico (§§ 17 I, 49 I núm. 17 StVO en conexión con el § 24 StVG)¹⁴. Lo mismo sucede con los funcionarios de las brigadas policiales antidisturbios preparadas para la intervención inmediata que, a la espera de una posible manifestación violenta, reciben la orden de situarse sobre la acera con la tanqueta de agua (§ 2 I StVO), incluso aunque sea absolutamente necesario (§ 35 I StVO). Por el contrario, el funcionario de policía que ejecuta una orden de detención a pesar de que

¹² Acerca de la justificación más extensa de la actuación a instancias de una orden militar de acuerdo con el Derecho extranjero vigente con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial vid. *Fuhrmann*, *Befehl* págs. 32 ss. Acerca del estado actual del Derecho internacional sobre esta cuestión vid. *Volger*, *Revue de droit pénal militaire* 1968, págs. 111 ss. En relación con el Derecho extranjero vigente vid. además los materiales del V Congreso Internacional de Derecho Militar celebrado en Dublín en el año 1970, *Rev dr pén mil* 1971 Heft 1.

¹³ Hasta el momento, la cuestión de si es obligatoria una orden cuya ejecución comporta el peligro de un delito menos grave de carácter imprudente (vgr., conducir sin luz durante el desarrollo de un ejercicio) ha quedado abierta en la jurisprudencia (vid. BGH 19, 231 [232]; SchlHOLG en *Kohlhaas/Schwenck*, § 5 WStG núm. 2). Con razón a favor de la no obligatoriedad en caso de peligro concreto para un bien jurídico protegido frente a una conducta imprudente *Jakobs*, *Allg. Teil* 16/14; *Roxin*, *Allg. Teil* I § 17 núm. 20; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 90 antes del § 32; *Vitt*, *NZWehrr* 1994, pág. 53 (en la anterior edición de esta obra se sostenía una opinión distinta vid. pág. 354).

¹⁴ Vid. OLG Celle *NZWehrr* 1962, pág. 77 donde, no obstante, se aceptó erróneamente que una orden de esa naturaleza contradecía las finalidades del servicio y, por ese motivo, se entendió que no era obligatoria. Correcta es por el contrario la RG 59, 404 (405).

sabe que existe un error en la persona, no puede ampararse en la orden dictada pues ésta conduce a una detención ilegal punible y, por ello, no resulta vinculante.

Cualquier duda acerca de la legalidad de la orden oficial debe ser planteada por los *funcionarios* de forma inmediata ante su superior y, en su caso, exponerla al superior más inmediato a éste (§ 56 II BGG). En el ámbito *militar*, por el contrario, el deber de objeción está limitado a los supuestos en los que el subordinado sabe o resulta evidente que el superior no habría dictado la orden de haber conocido los hechos (BGH 19, 231 [234]), así como cuando es exigida la ejecución de un hecho delictivo. Resulta aplicable el mismo régimen a los funcionarios que cumplen funciones ejecutivas dirigidas al empleo de la coacción inmediata¹⁵.

3. El mandato obligatorio se presenta para el subordinado como una **causa de justificación**, aún cuando excepcionalmente aquél resulte antijurídico¹⁶. El motivo favorable a admitir la existencia de órdenes antijurídicas que, sin embargo, son obligatorias, reside en que en supuestos de escasa importancia el legislador valora el deber de obediencia del subordinado frente a su superior como principio básico de ordenación de toda actividad estatal, *por encima* del deber de obediencia frente al Ordenamiento jurídico (**conflicto de deberes justificante**, vid. *supra* § 33 V 1a)¹⁷. Ciertamente, el superior siempre permanece sometido al principio de la legalidad del poder ejecutivo (art. 20 III GG), pero si aquél ya cuenta con una infracción de escasa relevancia adecuada a los fines del servicio o desconoce el carácter antijurídico de tal orden, entonces en el ámbito castrense y policial el

¹⁵ Acerca de la objeción, *Schwenck*, *Dreher-Festschrift* págs. 495 ss.

¹⁶ Asimismo, *Stratenwerth*, *Verantwortung und Gehorsam* págs. 168, 182; *Jakobs*, *Allg. Teil* 16/14; *Roxin*, *Allg. Teil* I § 17 núm. 18; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 177 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 88a antes del § 32; *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* pág. 323; *Lenckner*, *Stree-Wessels-Festschrift* pág. 224; *Schwenck*, *Wehrstrafrecht* pág. 92; *Wessels*, *Allg. Teil* núm. 450; *Bringewat*, *NZWehr* 1971, pág. 133. No obstante, la doctrina dominante acepta sólo la exclusión de la culpabilidad cuando existe una orden ilícita pero obligatoria; así, *Amelung*, *JuS* 1986, pág. 337; *Arndt*, *Wehrstrafrecht* pág. 115; *Baumann/Weber*, *Allg. Teil* pág. 340; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 16 antes del § 32; *Küper*, *JuS* 1987, pág. 92; *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núms. 100 ss.; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil* I § 29 núms. 7 ss.; *Schölz/Lingens*, § 2 WStG núm. 32; *Ostendorf*, *JZ* 1981, pág. 173; *SK* (*Samson*) nota preliminar núm. 56 antes del § 32; *Oehler*, *JuS* 1963, pág. 306; *Welzel*, *Lehrbuch* pág. 104; *v. Weber*, *MDR* 1948, pág. 37. Una parte de la doctrina ya niega la posibilidad de una orden antijurídica que, simultáneamente, sea obligatoria; así, *LK* (11.ª) (*Spendel*) § 32 núm. 101; *M. E. Mayer*, *Laband-Festschrift* pág. 121; *Dolaptschieff*, *ZStW* 58 (1939) pág. 249. Esta tesis ya se encontraba en la concepción anteriormente dominante que distinguía entre la antijuricidad y obligatoriedad de la orden; vid. *Beling*, *Grenzzlinien* pág. 24; *Battenberg*, *Befehl* págs. 2 ss.; *H. Mayer*, *Frank-Festgabe* Tomo I pág. 605.

¹⁷ Vid. *Stratenwerth*, *Verantwortung und Gehorsam* pág. 166.

mandato consistente en una contravención administrativa o en el empleo de la coacción inmediata no puede verse frustrado por la circunstancia de que el subordinado tenga que comprobar ante todo si la acción transgresora está justificada por cualesquiera motivos como, por ejemplo, por lo señalado en el § 35 StVO. Frente a la ejecución de una orden antijurídica pero obligatoria *no cabe oponer legítima defensa* por actuar el subordinado con arreglo a Derecho, aunque sí un estado de necesidad marcadamente restringido¹⁸.

4. En todo caso, la ejecución de una **orden ajustada a Derecho** se encuentra justificada. Esto rige sobre todo para aquellos casos en los que, aunque el superior ha examinado y aprobado concienzudamente los presupuestos objetivos del empleo de la coacción estatal, sin embargo en realidad aquéllos no concurren (vid. *supra* § 35 I 3). El subordinado se encuentra, pues, obligado a la ejecución de la orden a no ser que conozca la realidad de los hechos de los que se deriva el error del superior o que éste sea manifiesto (BGH 15, 214 [217]; 19, 231)¹⁹.

Ejemplo: Es conforme a Derecho el mandato dictado por el jefe de policía destinado al empleo de tanquetas de agua o de gas lacrimógeno frente a una muchedumbre violenta tras haber examinado y aprobado conforme a deber la proporcionalidad de la medida, (§§ 3, 5 II de la Ley de Policía de Baden-Württemberg) incluso aunque posteriormente resulte que podrían haber bastado medios menos lesivos. La policía que desempeña tareas ejecutivas tiene que cumplir tal mandato y por ello actúa legalmente. Los manifestantes que atacan a los funcionarios son castigados por resistencia al poder del Estado (§ 113).

5. Por el contrario, si la orden no es *obligatoria*, el subordinado que la ejecuta actúa siempre de modo *antijurídico* con independencia de que hubiera conocido o no la inexigibilidad de aquélla. No obstante, su comportamiento puede ser disculpable (§ 35 StGB, § 75 IV 3 LBG Baden-Württemberg) (vid. *infra* § 46 II).

III. El derecho de corrección

En el derecho de corrección hay que diferenciar entre el que corresponde al funcionario, al profesor (que actualmente ya ha desaparecido) y el que tiene lugar dentro del marco familiar que, en los últimos tiempos, ha sido considerablemente restringido.

¹⁸ Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 11, 88a, antes del § 32.

¹⁹ Esto rige también en el ámbito castrense; vid. SchlHOLG en *Kohlhaas/Schwenck*, § 5 WStG núm. 2 *in fine*; LK (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 176 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 29 núm. 11; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 88 antes del § 32; de otra opinión *Arndt*, NZWehrr 1960, pág. 148. Una definición de la acción bélica justificada puede encontrarse en *Schwenck*, Lange-Festschrift pág. 115.

1. El castigo corporal del alumno por parte del **profesor** realiza el *tipo de lesiones* (§§ 223, 240)²⁰. El derecho de corrección del maestro en la escuela básica o primaria (o incluso en escuelas superiores frente a los grupos de edades correspondientes) fue reconocido anteriormente por la jurisprudencia (BGH 11, 341 [347]; 14, 52; BGH GA 1963, pág. 82; BayObLG NJW 1979, pág. 1371, OLG Schleswig NJW 1956, pág. 1002; OLG Hamm NJW 1956, pág. 1690; OLG Zweibrücken NJW 1974, pág. 1772) como un derecho consuetudinario, siempre que existiera un motivo suficiente para ello, una finalidad educadora y un ejercicio moderado del mismo. Por el contrario, fue ya la BGH 6, 263 (269) la que, en un claro el rechazo de un derecho de corrección basado en motivos pedagógicos, admitía que “un castigo corporal moderado por parte del profesor sólo puede tener lugar en casos excepcionales”. Finalmente, la BGH NJW 1976, 1949 dejó la cuestión abierta concediendo apreciando tan sólo en el acusado la presencia de un error de prohibición vencible. En los institutos de formación profesional el derecho de corrección del profesor no fue reconocido (BGH 12, 62 [64]). En la actualidad **ya no existe un derecho de corrección del profesor** frente a sus alumnos²¹. A favor de ello ya habla el hecho de que la mayoría de los Länder federales se encuentra prohibido por ley el castigo corporal de los alumnos²². Asimismo, en la doctrina se niega de plano el derecho de corrección del profesor²³. **Constitucionalmente** tampoco posee fundamento alguno²⁴; es más,

²⁰ En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 338; *Blei*, Bes. Teil págs. 52 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 87; *Bruns*, JZ 1957, pág. 410; *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 13; *Friebe*, Verantwortlichkeit des Lehrers págs. 137 ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 223 comentario II; *LK* (10.^a) (*Hirsch*) § 223 núm. 28; *Karstendiek*, DRiZ 1975, pág. 333; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núms. 26 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núm. 16; *Welzel*, Lehrbuch pág. 291; *Wessels*, Allg. Teil núm. 388. En contra de la visión que estima que el ejercicio moderado del derecho de corrección ni siquiera es típica en el sentido de la las lesiones (así, por ejemplo, *Kienapfel*, Körperliche Züchtigung págs. 101 ss.), convincente *Hirsch*, ZStW 74 (1962) págs. 111 ss.

²¹ En este sentido se pronuncia también la doctrina mayoritaria; vid. *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 13; *Jakobs*, Allg. Teil 16/35; *Lackner*, § 223 núm. 11; *Maunz/Dürig*, art. 2 II GG núm. 47; *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núms. 38 ss.; *LK* (10.^a) (*Hirsch*) § 223 núm. 24; *Rüping/Hüsch*, GA 1979, pág. 9; *Schönke/Schröder/Eser*, § 223 núm. 20; *SK* (*Horn*) § 223 núm. 12; *Vormbaum*, JR 1977, pág. 497; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núm. 27; *Jung* Zuchtigungsrecht págs. 40 ss. Manteniéndolo como causa de exclusión del injusto penal, *Günther*, Strafrechtswidrigkeit pág. 358.

²² Así en Baden-Württemberg a través de la Ley escolar de 1.8.1983 § 90 III núm. 3 apartado 2.º (GBl. pág. 397); las leyes correspondientes del resto de los Länder pueden encontrarse apuntadas en *Dreher/Tröndle*, § 223 núm. 13a. Lo mismo sucede en Austria; vid. *WK* (*Nowakowski*) nota final núm. 32 en relación con el § 3.

²³ Vid. las referencias contenidas en la nota a pie núm. 21.

²⁴ Así, *Maunz/Dürig*, art. 2 II GG núms. 47 ss.; *LK* (10.^a) (*Hirsch*) § 223 núm. 24; v. *Kopp*, JZ 1955, pág. 319; *SK* (*Horn*) § 223 núm. 12; *Vormbaum*, JR 1977, págs. 496 ss.

el castigo corporal del alumno por parte del profesor atenta contra el derecho fundamental a la integridad corporal (art. 2 II 1 GG). Tan sólo está cubierto por la reserva legal del art. 2 II 3 GG el castigo corporal en las hipótesis de legítima defensa (§ 32), del estado de necesidad justificante (§ 34) y del auxilio necesario. En caso necesario, el profesor tiene, por tanto, el derecho a defenderse del ataque de sus alumnos frente a su persona, frente a otros alumnos o frente a la propiedad pública, incluso a través de contacto corporal en el sentido de “defensa necesaria” (BGH 14, 52). Por el contrario, un derecho de corrección con fines educativos tampoco se sostiene por razones *formales*, pues el derecho consuetudinario no constituye una ley en el sentido del art. 2 II 3 GG (vid. análogamente en torno a la cuestión de la restricción de derechos fundamentales de los presos BVerfGE 33, 1). Pero tampoco *materialmente* se justifica un derecho de corrección del profesor que traspase los límites de la legítima defensa, pues al presentarse la violencia humillante ante los ojos de la clase como una pena corporal no puede responder bajo ninguna circunstancia a fines pedagógicos (vid. también la EuGMR NJW 1979, pág. 1089). Por todo ello se encuentra abolido hoy en día el derecho de los profesores a pegar a los alumnos con fines educativos, al igual que han sido suprimidos poco a poco los derechos de corrección anteriormente existentes frente a los aprendices, criados, tripulación marinera, presos y soldados. De ahí que también constituya una lesión corporal punible el castigo de un joven delincuente por el fiscal de menores que a continuación archiva el procedimiento de acuerdo con el § 45 II núm. 1 ó 2 JGG (BGH 32, 357).

2. Aunque con un alcance limitado, todavía subsiste hoy un **derecho de corrección** por parte de **los padres y otras personas autorizadas**, cuyo ejercicio frente a los niños pequeños puede ser defendible siempre que se haga de forma moderada y pedagógica²⁵. Para impedir abusos el § 1631 II BGB, cuya redacción fue modificada a través de la Ley sobre la nueva regulación de la patria potestad de 18.7.1979 (BGBl. I pág. 1061), prohíbe la adopción de “medidas educativas degradantes”. Atinadamente, un proyecto de dictamen del Ministerio Federal de Justicia pretende extender la prohibición a “maltratos corporales y psíquicos” (ZRP 1993, pág. 360). En el ámbito familiar el derecho de corrección puede ser

²⁵ La base jurídica para ello son los §§ 1626, 1631, 1705, 1757, 1800 BGB. En cambio, van demasiado lejos las BGH NJW 1953, pág. 1440 y BGH StV 1988, pág. 62 con comentario crítico de *Rolinski*. A favor también de la desaparición del derecho de corrección de los padres *Petri*, ZRP 1976, pág. 64. Más detalladamente en torno al derecho de corrección según el Derecho de familia, *LK* (10.^a) (*Hirsch*) § 223 núms. 29 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 28 núm. 28; *Roxin*, Allg. Teil I § 17 núm. 33; *SK (Horn)* § 223 núms. 13 ss.

cedido (BGH 12, 62 [67 ss.]) a la niñera o a los abuelos²⁶, pero en este supuesto el correctivo corporal llevado a cabo por personas cercanas conserva su limitación a casos excepcionales.

IV. La actuación "pro magistratu"

1. Básicamente, el Estado de Derecho prohíbe el empleo de la violencia privada para la imposición de pretensiones de naturaleza jurídico-civil y remite al acreedor al recurso a la Justicia. Cuando, sin embargo, no puede conseguirse a tiempo la ayuda oficial o ésta ha sido denegada injustamente y existe el peligro de que sin una intervención inmediata se frustre la realización de la pretensión o se dificulte gravemente, entonces está permitida la **autotutela** dentro de unos márgenes limitados (§§ 229-231 BGB)²⁷. Como medios para alcanzar ésta están permitidos la sustracción, daño o destrucción de cosas pertenecientes al deudor, la detención de la persona obligada si se sospecha de su huida y la neutralización de la resistencia de aquél a llevar a cabo una acción que está obligado a realizar. Pero también aquí rige el mandato entre la proporcionalidad de la intervención, el peligro y la pretensión a imponer (RG 69, 308 [312]). El derecho a la autotutela no concurre, sin embargo, cuando está dirigido al aseguramiento de pruebas (BGH 17, 328 [331]) o a la satisfacción definitiva del acreedor (BGH 17, 87 [89]). A diferencia de la legítima defensa, la autotutela no presupone ningún ataque actual.

Ejemplos: El prestamista se encuentra con su deudor en medio de la muchedumbre de la calle, desconociendo el nombre y dirección de éste, puede tomar su dinero con violencia aunque sólo para su aseguramiento provisional (§ 230 II BGB) (BGH 17, 87 [89]). Quien se encuentra con su deudor a punto de subir a un avión intentando con ello desaparecer en el extranjero durante largo tiempo, puede proceder a su detención; no obstante, una puesta en peligro de su vida no resulta justificada (RG 69, 308 [312]). Un cliente que, poniendo reparos a la comida, pretende abandonar el local sin pagar, puede ser retenido con violencia por la camarera con la finalidad de comprobar sus datos personales para la aclaración de la situación jurídica (BayObLG JZ 1991, pág. 681 con comentario crítico de *Laubenthal*, JR 1991, pág. 519; lo mismo sucede en relación con el conductor de un taxi, OLG Düsseldorf NJW 1991, pág. 2716 [2717]).

Supuestos especialmente regulados de la autotutela son la recuperación de la posesión (§ 859 II-IV BGB), la autotutela del arrendador (§ 561) y los derechos de autotutela

²⁶ Con mayor detenimiento *LK* (10.^a) (*Hirsch*) § 223 núm. 23; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 223 núm. 26.

²⁷ Detenidamente acerca de los requisitos necesarios para la admisibilidad del autoauxilio *W.B. Schönemann*, *Selbsthilfe* págs. 55 ss.; *Kühl*, *Allg. Teil* § 9 núms. 2 ss.

de acuerdo con los §§ 581 II, 704, 859 II, III (OLG Schleswig NStZ 1987, pág. 75), 860, 910, 962, 1029 BGB. En estas hipótesis no se presupone la imposibilidad de tutela oficial.

2. **Toda persona** (y no sólo el ofendido) tiene además el derecho a **detener preventivamente** o a perseguir al autor de un hecho flagrante, cuando se sospeche que va a emprender la huida o si su identidad no puede ser comprobada de forma inmediata (§ 127 I StPO). La finalidad del derecho a la detención es posibilitar su persecución penal²⁸. De este modo, el Estado transfiere al ciudadano una función pública (RG 17, 127 [128]). El hecho en cuya virtud tiene lugar la detención debe ser delito o, como mínimo, un hecho antijurídico en el sentido del § 11 I núm. 5, pues frente al autor inculpable también cabe el internamiento (§ 71 StGB, § 413 StPO)²⁹. El sospechoso debe serlo de un hecho flagrante en el que la ejecución actual o recién finalizada de la acción se presenta para el espectador como un hecho punible (RG 34, 444 [445]; 65, 392 [394]). La persecución de un hecho flagrante existe cuando inmediatamente tras la percepción del hecho se ha dado comienzo a las medidas de persecución, de tal forma que no puede existir ninguna duda acerca de la identidad de la persona. La detención justifica la privación de la libertad personal (§§ 239, 240) con lo que queda cubierto tanto un apresamiento firme destinado a evitar la escapada del afectado como una lesión inintencionada (OLG Stuttgart NJW 1984, pág. 1694). De acuerdo con el principio de la intervención menos lesiva son también admisibles, en su caso, otras medidas menos drásticas que la detención como pueden ser la sustracción de la llave de contacto del vehículo (OLG Saarbrücken NJW 1959, pág. 1911), de la documentación personal o el impedir la puesta en marcha de un automóvil. En cambio, la jurisprudencia siempre ha negado la lesión intencionada del cuerpo o la vida del detenido (RG 69, 308 [312]; 71, 49 [52]; 72, 305 [306]; de otra opinión para el supuesto de la lesión especialmente grave de un bien jurídico, BGH *Holtz*, MDR 1979, 985 [986]).

Mientras que para la legalidad de la detención preventiva practicada por *funcionarios* es suficiente, de acuerdo con el § 127 II StPO (concurrencia de los requisitos de una or-

²⁸ En este sentido camina la doctrina mayoritaria; vid. *Löwel/Rosenberg (Wendisch)* § 127 StPO núm. 2; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 155 antes del § 32; *Kleinknecht/Meyer-Göfner*, § 127 StPO núm. 8; *Roxin*, Strafverfahrensrecht § 31 núm. 4; *Meincke*, *Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat* pág. 13.

²⁹ Vid. *Löwel/Rosenberg (Wendisch)* § 127 StPO núm. 8 (con restricciones); *Wiedenbrüg*, JuS 1973, págs. 420 ss. El derecho de detención está excluido en el procedimiento administrativo-sancionador de carácter pecuniario (§ 46 III 1 OWiG). Acerca de los §§ 163 b, c StPO *Achenbach*, JA 1981, pág. 663.

den de detención), que quien va a proceder a practicarla haya examinado y aprobado conforme a deber sus presupuestos (vid. *supra* § 35 I 3), los *particulares* actúan ya de modo antijurídico cuando objetivamente no concurren los elementos de la detención según el § 127 I StPO, especialmente cuando no lo hace el hecho cometido (así, OLG Hamm NJW 1972, pág. 1826; NJW 1977, pág. 590; KG VRS 45, pág. 35; probablemente también RG 12, 194 [195]; 19, 101 [103]; deja la cuestión abierta BGH GA 1974, pág. 177; con otra postura BGH(Z) NJW 1981, pág. 745; BayObLG MDR 1986, pág. 956; JR 1987, pág. 344; OLG Zweibrücken NJW 1981, pág. 2016)³⁰. De no ser así el detenido erróneamente debería tolerar su privación de libertad sin derecho a la legítima defensa. Por tanto, y al contrario de lo que sucede con un funcionario en la misma situación, quien detiene equivocadamente actúa de modo antijurídico; no obstante, éste no puede ser castigado por detenciones ilegales (§ 239) ante la ausencia de dolo³¹.

3. También el **poder que tienen a bordo el capitán del barco** (§ 106 SeemannsG) y **del avión** descansan sobre la transferencia de la potestad pública³².

4. También el ejercicio del **derecho de resistencia** supone una actuación "pro magistratu" a la vista de su naturaleza subsidiaria. Procedente de un principio superior (jurídicamente poco claro) del Derecho extrapositivo que históricamente se remonta bastante atrás³³, el Parlamento Federal ha convertido al derecho de resistencia en una parte integrante del Derecho constitucional vigente. Para ello no han sido decisivas

³⁰ Asimismo, LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núm. 156 antes del § 32; Jakobs, Allg. Teil 16/16; Schlüchter, Strafverfahren núm. 255; la misma JR 1987, pág. 309; Kleinknecht/Meyer-Göfner, § 127 StPO núm. 4; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 29 núm. 13; Eb. Schmidt, § 127 StPO núm. 8; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 325; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 82 antes del § 32; Welzel, Lehrbuch pág. 94; Wiedenbrüg, JuS 1973, págs. 418 ss. Con una visión opuesta, consideran que también para los particulares es suficiente con una sospecha fundada del hecho y un examen cuidadoso, Arzt, Kleinknecht-Festschrift págs. 5 ss.; Borchert, JA 1982, págs. 338 ss.; Dreher/Tröndle, nota preliminar núm. 7 antes del § 32; Löwel/Rosenberg (Wendisch) § 127 StPO núm. 9; Roxin, Strafverfahrensrecht § 31 núm. 4; el mismo, Allg. Teil I § 17 núm. 23; Henkel, Strafverfahrensrecht pág. 286 (sospecha fundada del hecho); Fincke, GA 1971, págs. 41 ss. y JuS 1973, págs. 87 ss. (convencimiento acerca de la existencia de los elementos).

³¹ En realidad, tal y como observa correctamente Fincke, GA 1971, pág. 41 nota a pie núm. 7, entra en juego el § 230 pues una lesión corporal del § 170 I StPO no queda cubierta ni siquiera en caso de una detención justificada; vid. también Fincke, JuS 1973, pág. 88 nota a pie núm. 5.

³² Vid. sobre la cuestión Westerbürg, Polizeigewalt des Luftfahrzeugkommandanten págs. 50 ss.; vid., además, el el Convenio de Tokio acerca de los delitos y otras acciones cometidas a bordo de las aeronaves de 14.9.1963, arts. 5-10 (BGBl. 1969 II pág. 121).

³³ Acerca de la historia del derecho de resistencia Weinkauff, Widerstandsrecht, 1956 así como diversas aportaciones en: Arthur Kaufmann (ed.), Widerstandsrecht, 1972; además, Bertram, Das Widerstandsrecht págs. 13 ss. así como Middendorff, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 1175 ss. Acerca de los casos de resistencia en los tiempos del nacional-socialismo y su tratamiento por la jurisprudencia vid. Scheidle, Das Widerstandsrecht págs. 38 ss.

necesidades de peso de nuestro Estado sino motivos tácticos que conectan con la legislación de emergencia del año 1968³⁴. Como medio extraordinario para la defensa del Ordenamiento fundamental liberal y democrático en el sentido del art. 20 I-III GG (vid. BT/Drucksache V/2873 pág. 9), el art. 20 IV GG concede a todo ciudadano alemán el derecho a la resistencia frente a cualquier persona que proyecte eliminar tal orden normativo, siempre que no sea posible otra solución (vid. ya con anterioridad los arts. 147 I de la Constitución de Hesse, 19 de la de Bremen y 23 III de la de Berlín). El derecho de resistencia se dirige tanto frente al “golpe de Estado procedente de arriba” (por ejemplo, la introducción de una dictadura militar) como también frente a un “golpe de Estado proveniente de abajo” (vgr., la eliminación revolucionaria de la democracia parlamentaria)³⁵. Dado que tiene que existir un “proyecto” el derecho de resistencia surge ya cuando se ha alcanzado ya el estadio de la “tentativa” por parte de los enemigos de la Constitución; en cambio, las meras acciones preparatorias (por ejemplo, § 83) deben ser toleradas incluso cuando el poder público no toma medidas por debilidad o complicidad. El derecho a la resistencia no concurre frente a manifestaciones de opinión destinadas al aniquilamiento de los principios básicos de la Constitución (OLG Köln NJW 1970, pág. 1322 [1324]). Tiene asimismo un carácter subsidiario por lo que sólo interviene cuando no cabe otro recurso. En caso de un intento de golpe de Estado, el derecho a la resistencia intervendría a partir del momento en el que al propio poder público ya no le bastaran sus potestades de emergencia para proteger el núcleo duro de la Constitución³⁶. Asimismo, se acepta con acierto que, en el caso concreto, el derecho a la resistencia debería tener en consideración la incertidumbre de sus presupuestos y, por tanto, sólo puede ser ejercitado cuando sea *evidente* el proyecto destinado a la eliminación del Orden democrático y liberal (en este sentido ya, BVerfGE 5, 85 [377])³⁷. Desde una perspectiva subjetiva la acción de resistencia debe dirigirse al mantenimiento del Ordenamiento fundamental democrático y liberal (BVerfGE 5, 85 [379]).

A pesar de que en la doctrina constitucionalista existe unidad en torno a que habría sido mejor que un hubiera tenido lugar la plasmación positiva del

³⁴ Acerca de su historia legislativa vid. Böckenförde, JZ 1970, págs. 168 ss.

³⁵ En la interpretación del art. 20 IV GG el texto sigue a Hesse, Grundzüge núms. 757 ss.; H. Schneider, Widerstand págs. 13 ss.; LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núms. 83 ss. antes del § 32; Maunz/Dürig art. 20 IV GG núms. 11 ss. En torno a su inserción en el sistema de las causas de justificación Blant, Widerstandsrecht págs. 35 ss.

³⁶ Vid. sobre ello Heuer, Die Zulässigkeit des Einsatzes staatlicher Gewalt in Ausnahmesituationen págs. 47 ss.

³⁷ Así, Maunz/Dürig, art. 20 IV GG núm. 27; Hesse, Grundzüge núm. 758; Isensee Widerstandsrecht págs. 23 ss.; H. Schneider, Widerstand im Rechtsstaat págs. 17 ss.; LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núm. 88 antes del § 32. En contra, Roxin, Allg. Teil I. § 16 núm. 115; Jakobs, Allg. Teil 15/2.

derecho de resistencia³⁸, el *Derecho penal* tiene que dirigirse hacia la situación legal actual y, de acuerdo con ello, debe contestar a cómo debe ser tratado tanto el mencionado derecho como el error sobre el mismo. El art. 20 IV GG tiene por objeto un fragmento del derecho al estado de necesidad estatal (vid. *supra* § 32 II 1b)³⁹. Con ello, al igual que el estado de necesidad estatal, el derecho de resistencia se presenta como una *causa de justificación* que también permite el empleo de la coacción (como la huelga general en contra del golpe de Estado encabezado por “Kapp” en 1920) con la observación de los principios de necesidad y proporcionalidad. Por regla general el *error* versará acerca de los límites del derecho de resistencia (vid. los casos resueltos por las OLG Köln NJW 1970, pág. 1322; BGH NJW 1966, pág. 310), de modo que intervienen las reglas del error de prohibición que conducen a la aplicación de los tipos dolosos (vid. *infra* § 41 III 1)⁴⁰. La apreciación equivocada de la situación justificante es un error de tipo permisivo (vid. *infra* § 41 IV 1).

§ 36 El riesgo permitido

Brammsen, Anmerkung zu BayObLG vom 16.11.1990 und zu OLG Frankfurt vom 11.3.1991, JR 1992, pág. 82; *Erdsiek*, Wahrnehmung berechtigter Interessen ein Rechtfertigungsgrund? JZ 1969, pág. 311; *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, 1969; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *Führmann*, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse, JuS, 1970, pág. 70; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Geppert*, Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB), Jura 1985, pág. 25; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Heinitz*, Die Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 266; *Herdegen*, “Soldaten sind Mörder”, NJW 1994, pág. 2933; *Herzberg*, Vorsatz und erlaubtes Risiko usw., JR 1986, pág. 6; *Hillenkamp*, Risikogeschäft und Untreue,

³⁸ Vid., por ejemplo, *Isensee*, Widerstandsrecht pág. 99: “una autorización constitucional en la zona limítrofe al *status naturalis* tiene tan poco sentido como una garantía de la libertad bajo circunstancias anárquicas, pues el poder público se retira como autoridad protectora: o ya no es legal o ha dejado de ser efectivo”. Vid. también *Hesse*, Grundzüge núm. 760.

³⁹ Vid. *Doebring*, Der Staat 8 (1969) pág. 437. De otra opinión *Maurach/Zipf*, Allg. Teil § 26 núm. 55 quienes sostienen que se trata de un subcaso de auxilio a la legítima defensa estatal.

⁴⁰ Así, *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 65 antes del § 32; *Jakobs*, Allg. Teil 15/5. Por el contrario, *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 91 antes del § 32 recomienda la aplicación de la teoría estricta de la culpabilidad (vid. *infra* § 41 IV 1 b), mientras que *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 10 antes del § 32 pretenden excluir la cláusula de subsidiariedad del art. 20 IV GG de la relación de culpabilidad como una “condición objetiva de la justificación”.

NStZ 1981, pág. 161; *Hirsch*, Ehre und Beleidigung, 1967; *el mismo*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) pág. 78; *Kienapfel*, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; *Klug*, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 249; *Lenckner*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 165; *el mismo*, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund? Gedächtnisschrift für P. Noll, 1984, pág. 243; *Maiwald*, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs "erlaubtes Risiko" für die Strafrechtssystematik, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 405; *Noll*, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, ZStW 68 (1956) pág. 181; *Preuß*, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; *Rehberg*, Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko", 1962; *Rebbinder*, Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortung der Presse, 1962; *Roeder*, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, 1969; *Eike Schmidt*, Wahrnehmung berechtigter Interessen als Rechtfertigungsgrund? JZ 1970, pág. 8; *Suppert*, Studien zur Notwehr und "notwehrähnlichen" Lage, 1973; *Tenckhoff*, Grundfälle zum Beleidigungsrecht, JuS 1989, pág. 198.

I. El riesgo permitido como principio estructural

1. El riesgo permitido *no constituye una causa de justificación autónoma* (a diferencia de la opinión manifestada en la 3.ª ed. de esta obra págs. 323 ss.) porque por medio de este concepto únicamente se quiere decir que, bajo presupuestos determinados, son admisibles acciones arriesgadas llevadas a cabo incluso con dolo eventual de lesionar un bien jurídico; no obstante, tales presupuestos no pueden ser delimitados de un modo general¹. En el riesgo permitido estamos, más bien, ante un *principio estructural común* de distintas causas de justificación cuyos elementos materiales están regulados especialmente². El armazón común de estas causas de justificación consiste en que posibilitan el desarrollo de accio-

¹ *Maiwald*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 420; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 321; *LK* (11.ª) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 33 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 11, 19, 107b antes del § 32; *Preuß*, Untersuchungen pág. 225; *Wessels*, Allg. Teil núm. 283. También en contra de la teoría del riesgo permitido *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 106; *Kienapfel*, Erlaubtes Risiko págs. 26 ss.; *SK (Samson)* nota preliminar núms. 27 ss. antes del § 32. El "riesgo normativamente relevante" como punto de referencia del dolo en *Frisch*, Vorsatz und Risiko pág. 28 se refiere por el contrario a la cuestión absolutamente diversa de si comportamiento típico debe restringirse en todos los tipos penales a un riesgo socialmente desabroado, planteamiento que el autor citado sostiene. Al respecto, también, *Herzberg*, JR 1986, págs. 8 ss.

² *Maiwald*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 425; *Preuß*, Untersuchungen pág. 225; *Lenckner*, H. Mayer Festschrift págs. 177 ss. En contra de un planteamiento dogmático singular de estas causas de justificación *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 2.

nes que en esencia son socialmente deseables, pero que a pesar de ello muestran propensión hacia la creación de un riesgo. Por su utilidad social estas acciones también pueden ser llevadas a efecto aún cuando el riesgo en ellas contenido se realice y malogre la utilidad perseguida³ (acerca del riesgo permitido como criterio delimitador del deber de cuidado en los delitos imprudentes vid. *infra* § 55 I 2b). En estos casos el autor tan sólo recibe una *autorización de acción* para obrar arriesgadamente, pero no una *facultad de intervención* sobre el bien jurídico protegido pues éste es tan digno de protección como el interés que el autor preserva⁴. A pesar de todo, el comportamiento del autor permanece justificado en su conjunto incluso aunque acaezca el resultado. Sin embargo y a causa de la inseguridad de la situación de partida, constituye siempre un requisito para la justificación el *examen cuidadoso* por parte del autor de las condiciones fácticas de la acción⁵.

2. Aún cuando falten los presupuestos que se dan por ciertos del lado del autor, el bien jurídico sobre el que interviene la acción peligrosa no puede ser defendido a través de la *legítima defensa* (§ 32) al no existir una agresión antijurídica. El posible surgimiento de un estado de *necesidad justificante* frente al ataque en un caso de este tipo, es una cuestión que especialmente sólo puede ser resuelta en el marco de las causas de justificación afectadas⁶.

II. Causas de justificación que poseen la estructura del riesgo permitido

Existen diversas causas de justificación que están conformadas de acuerdo con la estructura del riesgo permitido:

1. Un caso especialmente característico es la **defensa de intereses legítimos** en la difamación (§ 193)⁷. Una afirmación lesiva del derecho al honor puede

³ Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 11 antes del § 32.

⁴ Maiwald, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 425; Gallas, Bockelmann-Festschrift pág. 167 nota a pie núm. 32; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 11 antes del § 32. Günther, Strafrechtswidrigkeit pág. 270 alcanza las causas de exclusión del injusto penal a partir de la "mera facultad de acción".

⁵ Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 19 antes del § 32; LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núm. 33 antes del § 32 (en contra); Preisendanz, nota preliminar núm. 116 antes del § 32; Lackner, nota preliminar núm. 29 antes del § 32.

⁶ Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 11 antes del § 32.

⁷ Así, Dreher/Tröndle, § 193 núm. 1; Gallas, Beiträge pág. 37; Hirsch, Ehre und Beleidigung págs. 200 ss.; Lenckner, H. Mayer-Festschrift págs. 179 ss.; *el mismo*, Noll-Gedächtnisschrift pág. 249; Schönke/Schröder/Lenckner, § 193 núm. 8; Heinitz, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 282; Roxin, Allg. Teil I § 18 núm. 31; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 321; Welzel, Lehrbuch pág. 320. Günther, Strafrechtswidrigkeit pág. 314 acepta una causa de exclusión del injusto penal.

realizarse aún a riesgo de su falta de veracidad o de la imposibilidad de probar ésta, si mediante la manifestación de la acusación correspondiente puede ser salvaguardado un interés legítimo público o privado.

Naturalmente que es discutida la cuestión relativa al emplazamiento del § 193 y su relación de conjunto con el Derecho penal. La jurisprudencia anterior y una parte de la doctrina veían en él un supuesto específico del estado de necesidad justificante⁸, algo que sin embargo no puede satisfacer precisamente por no exigirse una preponderancia esencial del interés protegido frente a la protección del honor (vid. *supra* § 33 IV 3c), en atención a la incertidumbre de la situación típica en toda acción arriesgada. Otros aceptan un caso indeterminado de la ponderación de bienes e intereses⁹, aunque precisamente por los motivos expuestos consistiría en una ponderación diversa a la que opera en el estado de necesidad.

La primacía que, de acuerdo con el § 193 y bajo ciertos presupuestos, se concede a las expresiones lesivas del honor, se explica ante todo por el mayor rango de la libertad de expresión y de información (art. 5 I GG)¹⁰. El Ordenamiento jurídico **permite** también manifestaciones que comportan el riesgo de una lesión al honor, con la finalidad de mantener el pluralismo ideológico o de opinión en una democracia como bien irrenunciable y evitar así que tales libertades se atrofien por miedo a consecuencias penales derivadas de los §§ 185 ss¹¹.

2. La **afirmación de unos hechos** que se muestre como una calumnia (§ 186) o injuria (§ 185) está justificada si, de acuerdo con el § 193, concurren los **requisitos** para la salvaguarda de intereses legítimos¹². Entre estos se encuentra, en primer

⁸ Así, RG 62, 83 (93); 65, 333 (335); BGHZ 3, 270 (281); *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 352; *Kohlrausch/Lange*, § 193 comentario I; *Mezger*, Lehrbuch págs. 206 ss.

⁹ En este sentido *Lackner*, § 193 núm. 1; *SK (Rudolphi)* § 193 núm. 1; *Blei*, Bes. Teil pág. 97; *Noll*, ZStW 68 (1956) págs. 192 ss.; *Fuhrmann*, JuS 1970, pág. 71. En esta línea también BGH 18, 182 (184).

¹⁰ Así, BVerfGE 42, 143 (152); BGH 12, 287 (293); BGH MDR 1971, pág. 999. Crítico con la proyección del art. 5 I GG al derecho al honor personal por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal *LK* (11.^a) (*Herdegen*) § 193 núms. 4 ss.; de modo similar *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núms. 31 ss., quien con acierto diferencia entre afirmaciones valorativas y fácticas. Vid. también *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen págs. 40 ss.; *Lenckner*, Noll-Gedächtnisschrift págs. 247 ss.; *Suppert*, Studien págs. 223 ss.

¹¹ Por ello el § 193 no es una mera causa de exculpación, tal y como todavía fue aceptado por la RG 64, 23 (asimismo, *Erdsiek*, JZ 1969, págs. 315 ss.; *Eike Schmidt*, JZ 1970, págs. 11 ss.). No obstante, bajo requisitos rigurosos pueden ser admitidas acciones practicadas en estado de necesidad; así, *Schönkel/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 12 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 18 núm. 33.

¹² Puede encontrarse un resumen en *Geppert*, Jura 1985, págs. 25 ss.; *Tenckhoff*, JuS 1989, pág. 198.

lugar, que la declaración sea el *único* medio para alcanzar el fin legítimo y que el autor haya actuado con la intención de preservar tal interés (elemento subjetivo de justificación). Como intereses legítimos en el sentido del § 193 no sólo cuentan los propios del autor u otros de carácter privado que le afectan de cerca, sino asimismo intereses de la colectividad. En especial, la *prensa* también puede valerse del § 193 cuando se vea obligada a difundir hechos perjudiciales para el honor de las personas para cumplir su función frente a la opinión pública¹³. La declaración debe evidenciarse, además, como un medio *adecuado* para la salvaguardia del fin legítimo. Esto implica, por un lado, que por su rango e importancia el interés que pretende preservar el autor posea una relación lógica con la protección del honor que el afectado puede esperar por parte del Derecho penal. En este punto existe también en el § 193 una ponderación de intereses que, no obstante, se diferencia de la que tiene lugar en el estado de necesidad justificante. Asimismo, el autor no debe estar convencido de la falsedad de la declaración (según el § 187 ninguna difamación está cubierta a través del § 193) y debe haber cumplido su *deber de información* antes de comunicarla o difundirla (BGH 3, 73 [75]; 14, 48 [51]). Por tanto, debe haber examinado con todos los medios de que dispone si la afirmación de los hechos lesiva para el honor que realiza se corresponde con la verdad y si puede probarse¹⁴. Finalmente, es también necesario que la declaración se efectúe de una forma *adecuada* (§ 193 *in fine*). Simultáneamente, del § 193 se deriva que juicios de valor injuriosos que son independientes de las afirmaciones relativas a hechos no pueden quedar cubiertas, pues para la salvaguardia del interés legítimo basta con que sean manifestados los hechos atentatorios al honor (acerca del tratamiento de los juicios de valor de carácter injurioso vid. *infra* 2 *in fine*). Además, el injuriado es protegido en el proceso exigiendo que tan sólo pueda entrarse en la cuestión de la preservación del interés legítimo tras haber sido examinada las posibilidades de prueba del hecho afirmado (BGH 11, 273).

Ejemplos: El apoderado de una empresa puede formular la acusación de apropiación indebida en contra del contable si de un examen de los libros y la caja se han derivado importantes motivos de sospecha. Quien, por el contrario, sobre la base exclusiva de una comunicación oral no contrastada, afirma a través de la prensa en contra de un político sus sospechas en torno a su actividad comunista, no puede acogerse al § 193 porque no

¹³ La postura anteriormente contraria de la jurisprudencia (RG 25, 68; 56, 383; 64, 13; 65, 360) asumió la opinión dominante expresada en el texto principal, al ser la única que se corresponde con la función pública de los medios de comunicación reconocida por las leyes de prensa de los Länder; vid. BVerfGE 12, 113 (125 ss.); 24, 278 (282 ss.); BGHZ 31, 308; BGH 18, 182 (187); Fuhrmann, JuS 1970 págs. 70 ss.; Rehbindner, Die öffentliche Aufgabe der Presse págs. 120 ss.

¹⁴ Dreher/Tröndle, § 193 núm. 8; Lackner, § 193 núm. 10; Schönke/Schröder/Lenckner, § 193 núm. 11. En contra de un deber especial de información Roxin, Allg. Teil I § 188 núm. 45.

ha satisfecho suficientemente el deber de información que le era preceptivo (BGH 14, 48 [51]). En una contienda electoral un político debe tolerar, como consecuencia de su comportamiento anterior, la acusación de poseer un “carácter contradictorio” y de cambiar de bando conforme a sus intereses personales (BGH 12, 287 [293 ss.]). Por el contrario, las informaciones relativas a la vida privada de un político que sólo pretenden causar escándalo y sensacionalismo, se encuentran fuera de la finalidad pública a la que la prensa puede recurrir para defender sus intereses legítimos (BGH 18, 182 [187]).

Los **juicios de valor** de carácter **injurioso** no están justificados a través del § 193, pues aquí no se trata de riesgo alguno de la falsedad. Más bien estamos ante una ponderación entre la libertad de expresión garantizada constitucionalmente por parte de quien injuria y del derecho a la personalidad del injuriado. Esa ponderación tiene que realizarse caso por caso de acuerdo con la importancia de los bienes e intereses implicados (BVerfGE 30, 173 [195 ss.]; 67, 213 [224 ss.]; 75, 369 [376 ss.] acerca de la libertad de expresión artística según el art. 5 III GG frente a la dignidad de la persona de acuerdo con el art. 1 I GG; BVerfGE 12, 113 [127 ss.]; 61, 1 [7 ss.]; 69, 257 [269 ss.] respecto a la libertad de expresión conforme al art. 5 I GG frente a la pretensión de respeto del afectado según el § 185 StGB).

Ejemplo: La declaración pública de que “los soldados son asesinos en potencia” realiza el tipo de las injurias (§ 185) en relación con todos los soldados en activo del ejército federal (acerca de la injuria frente a colectivos BGH 36, 83). El hecho no está justificado por el ejercicio de la libertad de expresión (art. 5 I GG), pues la declaración evidencia un insulto a los miembros de aquel cuerpo y no se muestra como un medio adecuado y necesario para expresar la posesión un profundo convencimiento pacifista (BayObLG JR 1992, pág. 76 y OLG Frankfurt JR 1992, pág. 79 con comentario aprobatorio de *Brammsen* pág. 82; con otra opinión al respecto BVerfG NJW 1992, pág. 2073 [2074], así como BVerfG NJW 1994, pág. 2943¹⁵).

3. Otras causas de justificación basadas en la idea del riesgo permitido y que requieren un examen conforme a deber en torno a la incertidumbre de sus presupuestos son el **consentimiento presunto**, cuando la voluntad supuesta del ofendido no coincide con la real (vid. *supra* § 34 VII 2)¹⁶, así como los supuestos de **actuaciones oficiales** cuando en la realidad se encuentran ausentes los presupuestos materiales de la intervención del funcionario, a pesar de haber sido éstos examinados y aprobados conforme a deber (vid. *supra* § 35 I 3).

¹⁵ Véase al respecto la convincente crítica de *Herdegen*, NJW 1994, pág. 2933.

¹⁶ Las transacciones arriesgadas de un administrador de bienes no son típicas de acuerdo con el § 266 cuando existe el acuerdo de su titular. Faltando éste, su comportamiento aún puede quedar justificado sobre la base del consentimiento presunto (de otra opinión en la 3.ª ed. de esta obra pág. 326); vid. sobre ello *Hillenkamp*, NStZ 1981, págs. 165 ss.

Sección 2.^a: La culpabilidad

La teoría de la antijuricidad tiene por objeto responder a la cuestión de qué requisitos son necesarios para que una acción contradiga al Ordenamiento jurídico. Los criterios de acuerdo con los cuales se enjuicia un comportamiento humano como antijurídico no prestan atención alguna a las cualidades individuales del autor; la prohibición de robar rige tanto para los pobres como para los ricos, las normas del Derecho penal sexual se dirigen tanto a las personas instintivamente violentas como a los ciudadanos normales mentalmente equilibrados, los deberes de cuidado de la circulación viaria afectan tanto a los novatos como a los conductores experimentados. En este sentido, pues, el Derecho penal juzga "*sin consideración a la persona*". No obstante, el objeto del enjuiciamiento varía tan pronto como entramos en la culpabilidad. Aquí se trata la cuestión de bajo qué requisitos el autor, como persona de carne y hueso que es, puede ser hecho responsable por su acción antijurídica. Para poder valorar esto se examina de qué forma se ha desarrollado la voluntad de acción antijurídica. Según ello, la culpabilidad significa que *son objeto de valoración negativa las máximas por las que se ha dejado llevar el autor en la formación de la voluntad y que, por ello, le puede ser reprochado personalmente el hecho*. Con mayor concisión: la **culpabilidad es reprochabilidad por la formación de la voluntad**. De acuerdo con el contexto en el que es utilizado, el concepto de culpabilidad se subdivide en el *principio de culpabilidad*, la *culpabilidad como fundamento de la pena* y la *culpabilidad como medida de la pena*¹. El primero afirma que la pena criminal sólo puede ser fundamentada si al autor le puede ser reprochado el hecho y que la pena sólo es admisible dentro de los límites de la culpabilidad (vid. *supra* § 4 I). La culpabilidad como fundamento de la pena es la encarnación de los requisitos que pueden excluir o fundamentar la reprochabilidad del hecho en atención a la existencia de la amenaza penal (vid. *infra* § 39 IV). Finalmente, la culpabilidad como medida de la pena es la personificación de las circunstancias que responsabilizan al autor y que son tenidas en cuenta en la determinación de la pena (vid. § 46 I 1).

¹ Así, *Achenbach*, Schuldlehre págs. 3 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 22 antes del § 13; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 30 núm. 2; *Roxin*, Bockelmann-Festschrift pág. 279; *Schönkel/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 107 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 1 antes del 19; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 49 antes del § 3.

*Subsección a): Los fundamentos de la teoría de la culpabilidad***§ 37 Fundamentos antropológicos del
concepto de culpabilidad**

Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *P-A. Albrecht*, Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, pág. 193; *Ancel*, La défense sociale nouvelle, 3.^a ed. 1981; *v. Baeyer*, Die Freiheitsfrage in der forensischen Psychiatrie usw., Der Nervenarzt 28 (1957) pág. 337; *el mismo*, Neurose, Psychotherapie und Gesetzgebung, Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie, Tomo I, 1959, pág. 627; *Baratta*, Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, ZStW 92 (1980) pág. 107; *Bauer*, Das Verbrechen und die Gesellschaft, 1957; *el mismo*, Das Strafrecht und das heutige Bild vom Menschen, en: *Reinisch* (ed.), Die deutsche Strafrechtsreform, 1967, pág. 11; *el mismo*, Vom kommenden Strafrecht, 1969; *Baumann*, Soziale Verantwortung ohne soziale Freiheit? JZ 1969, pág. 181; *Baumann*, Zweckrationalität und Strafrecht 1987; *Bacigalupo*, Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 477; *Bockelmann*, Vom Sinn der Strafe, Heidelberger Jahrbücher, Tomo V, 1961, pág. 25; *el mismo*, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963) S. 372; *el mismo*, Schuld, Schicksal und Verantwortung des Menschen, en: *Wickler* y otros (edrs.) Freiheit und Determination, 1966, pág. 91; *el mismo*, Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 543; *el mismo*, Zur Kritik der Strafrechtskritik, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 1; *Bodenheimer*, Philosophy of Responsibility, 1980; *Bopp*, Der Gewissenstäter usw., 1974; *Burkhardt*, Charaktermängel und Charakterschuld, en: *Lüderssen/Sack* (ed.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Tomo I, 1980, pág. 87; *el mismo*, Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik, en: *Heckhausen* y otros, (ed.), Jenseits des Rubikon: Der Wille in den Humanwissenschaften, 1987, pág. 319; *v. Burski*, Die Zeugen Jehovas usw., Diss. Freiburg 1970; *Danner*, Gibt es einen freien Willen? 4.^a ed. 1977; *el mismo*, Gedanken zur "psychologischen Wahlfreiheit" des Menschen, MSchrKrim 1971, pág. 48; *Graf zu Dohna*, Willensfreiheit und Verantwortlichkeit, 1907; *el mismo*, Ein unausrottbares Mißverständnis, ZStW 66 (1954) pág. 505; *Dreher*, Der psychologische Determinismus Manfred Danners, ZStW 95 (1983) pág. 340; *el mismo*, Die Willensfreiheit, 1987; *el mismo*, Unser indeterministisches Strafrecht, Festschrift für G. Spengel, 1992, pág. 13; *Dürig*, Art. 103 III GG und die "Zeugen Jehovas", JZ 1967, pág. 426; *Dux*, Der Täter hinter dem Tun, 1988; *Ebbinghaus*, Kant und das 20. Jahrhundert, Studium Generale 1954, pág. 513; *Ebert*, Der Überzeugungstäter usw., 1975; *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, Civitas, Jahrbuch für Sozialwissenschaften 9 (1970) pág. 27; *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2.^a ed. 1965; *el mismo*, Über die Charakterschuld, MSchrKrim 1967, pág. 108; *el mismo*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Figueiredo Dias*, Schuld und Persönlichkeit,

ZStW 95 (1983) pág. 220; *Fischer*, Der Schuldbegriff im Kontext heutiger theologischer Anthropologie, en: *Hertz* (ed.), Handbuch der christlichen Ethik, Tomo 3, 1982, pág. 160; *Frey*, Schuld, Verantwortung, Strafe als kriminalpolitisches Problem, en: *Frey* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pág. 297; *Frister*, Schuldprinzip usw., 1988; *el mismo*, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", 1993; *Gehlen*, Der Mensch, 6.^a ed. 1958; *Gimbernat Ordeig*, Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 151; *Gramatica*, Principi di difesa sociale, 1961; *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987; *Griffel*, Der Mensch, Wesen ohne Verantwortung? 1975; *Haddenbrock*, Die Unbestimmtheitsrelation von Freiheit und Unfreiheit usw., Der Nervenarzt 32 (1961) pág. 145; *el mismo*, Personale oder soziale Schuldfähigkeit usw., MSchrKrim 1968, pág. 145; *el mismo*, Freiheit und Unfreiheit der Menschen im Aspekt der forensischen Psychiatrie, JZ 1969, pág. 121; *el mismo*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit" usw., Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo II, 1972, pág. 863; *Haft*, Der Schuldidiolog, 1978; *Nicolai Hartmann*, Ethik, 3.^a ed. 1949; *el mismo*, Einführung in die Philosophie, 3.^a ed. 1954; *Hassemer*, Alternativen zum Schuldprinzip? en: *Baumgartner/Eser* (eds.), Schuld und Verantwortung, 1983, pág. 89; *Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951) pág. 57; *el mismo*, Der Überzeugungstater im Strafrecht, ZStW 78 (1966) pág. 615; *Heisenberg*, Das Naturbild der modernen Physik, 1955; *Heiß*, Allgemeine Tiefenpsychologie, 1956; *Henkel*, Der Mensch im Recht, Studium Generale 1960, pág. 229; *el mismo*, Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Festschrift für K. Larenz, 1973, pág. 3; *Hirsch*, Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994) pág. 746; *H. F. Hoffmann*, Die Schichttheorie, 1935; *Holzhauser*, Willensfreiheit und Strafe, 1970; *Hupperschwiller*, Gewissen und Gewissensbildung in jugendkriminologischer Sicht, 1970; *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993; *Jareborg*, Zur Reform des schwedischen Strafzumessungsrechts, ZStW 106 (1994) pág. 140; *Jescheck*, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957; *el mismo*, Das Gewissen und die strafrechtliche Verantwortlichkeit, Revista Jurídica de Buenos Aires 1959, pág. 24; *Jung*, Sanktionensysteme und Menschenrechte, 1992; *Kant*, Kritik der reinen Vernunft [1781], Ausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Tomo II, 1956; *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im AE, ZStW 80 (1968) pág. 34; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.^a ed. 1976; *el mismo*, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens, JZ 1967, pág. 553; *el mismo*, Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 27; *el mismo*, Schuld und Prävention, Festschrift für R. Wassermann, 1985, pág. 889; *el mismo*, Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz, Jura 1986, pág. 225; *Hilde Kaufmann*, Was läßt die Kriminologie vom Strafrecht übrig? JZ 1962, pág. 193; *W. Keller*, Das Problem der Willensfreiheit, Handbuch der Neurosenlehre und Psychotherapie, Bd. V, 1960, pág. 541; *Klug*, Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe, 1938; *Kohlrausch*, Sollen und Können als Grundlagen der strafrecht-

lichen Zurechnung, Festgabe für K. Güterbock, 1910, pág. 3; *Kraushaar*, Das Gewissen im Strafrecht usw., GA 1959, pág. 325; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit usw., ZStW 88 (1976) pág. 6; *el mismo*, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, pág. 337; *Kunz*, Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986) pág. 823; *Lackner*, Prävention und Schuldunfähigkeit, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 245; *Lange*, Die moderne Anthropologie und das Strafrecht, en: *Frey* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pág. 277; Ist Schuld möglich? Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 261; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldunfähigkeit en: *Göppinger/Witter*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo I, 1972, pág. 3; *Lersch*, Aufbau der Person, 11.^a ed. 1970; *v. Liszt*, Aufsätze und Vorträge, Tomo II, 1905, pág. 25; *Maiwald*, Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 149; *Mangakis*, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 (1963) pág. 499; *H. Mayer*, Kant, Hegel und das Strafrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 54; *Mergen*, Kriminologie und Strafrecht, 1966; *Mezger*, Über Willensfreiheit, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1944/46, Heft 9; *Müller-Dietz*, Gewissensfreiheit und Strafrecht, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 91; *Nagler*, Der Überzeugungsverbrecher, GS 94 (1927) pág. 48; *Nass*, Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, 1963; *Neufelder*, Schuldbegriff und Verfassung, GA 1974, pág. 289; *Noll*, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966) pág. 638; *Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 55; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Otto*, Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, GA 1981, pág. 481; *Peters*, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 257; *el mismo*, Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ 1966, pág. 457; *el mismo*, Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 468; *Plack*, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; *Portmann*, Biologische Fragmente zu einer Lehre vom Menschen, 3.^a ed. 1969; *Radbruch*, Der Überzeugungstäter, ZStW 44 (1924) pág. 34; *el mismo*, Verhandlungen des 34. DJT, Tomo II, 1927, pág. 354; *Ranft*, Hilfspflicht und Glaubensfreiheit usw., Festschrift für E. Schwinge, 1973, pág. 111; *Ricoeur*, Philosophie de la volonté, Tomo I, 1949; *Rotbaker*, Die Schichten der Persönlichkeit, 5.^a ed. 1952; *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, pág. 377; *el mismo*, Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, MSchrKrim 1973, pág. 316; *el mismo*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtlichen Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *el mismo*, Zur jüngsten Diskussion der Schuld usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984) pág. 641; *el mismo*, Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? SchwZS-tr 104 (1987) pág. 356; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *Scheffler*, Grundlegung eines kriminologisch orientierten

Strafrechtssysteme, 1987; *Schreiber*, Was heißt heute strafrechtliche Schuld usw., *Der Nervenarzt* 48 (1977) pág. 242; *Schüller*, Gewissen und Schuld, en: *Fuchs* (ed.), *Das Gewissen*, 1979, pág. 34; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *Schünemann* (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pág. 153; *el mismo*, Entwicklung der Schuldlehre in Deutschland, en: *Hirsch/Weigend* (ed.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pág. 148; *el mismo*, Die Kriminalpolitik und das Strafrechtssystem, en: *Lahti/Nuotio* (eds.), *Strafrechtstheorie im Umbruch*, 1992 pág. 157; *Seelmann*, Neue Entwicklungen usw., *Jura* 1980, pág. 505; *Sproß*, Die Unrechts- und Strafbegründung bei dem Überzeugungs- und Gewissenstäter, 1990; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *el mismo*, Literaturbericht, *ZStW* 85 (1973) pág. 469; *el mismo*, Winensfreiheit-eine staatsnotwendige Fiktion? *SchwZStr* 101 (1984) pág. 225; *Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, *ZStW* 92 (1980) pág. 637; *Thiemeyer*, Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, *GA* 1986, pág. 203; *Thomae*, Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld, *MSchrKrim* 1961, pág. 114; *Thomae/Schmidt*, Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit, *Handbuch der Psychologie*, Tomo II, 1967, pág. 326; *Tiedemann*, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums usw., *ZStW* 81 (1969) pág. 869; *Tiemeyer*, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, *ZStW* 100 (1988) pág. 527; *el mismo*, Der "relative Indeterminismus" und seine Bedeutung für das Strafrecht, *ZStW* 105 (1993) pág. 483; *Welzel*, Vom irrenden Gewissen, 1949; *el mismo*, Gesetz und Gewissen, *DJT-Festschrift*, 1960, pág. 383; *el mismo*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4.^a ed. 1962; *el mismo*, Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, *Erinnerungsgabe für M. Grünhut*, 1965, pág. 173; *el mismo*, Die Frage nach der Rechtsgeltung, 1966; *el mismo*, Gedanken zur "Willensfreiheit", *Festschrift für K. Engisch*, 1969, pág. 91; *A. Wenzl*, Philosophie der Freiheit, 1947; *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed. 1967; *Witter*, Die Grundlagen für die Beurteilung der Schuldfähigkeit im Strafrecht, en: *Witter* (ed.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, 1987, pág. 37; *E. Wolf*, *Verbrechen aus Überzeugung*, 1927; *Würtenberger*, *Jurisprudenz und philosophische Anthropologie*, *Freiburger Dies Universitatis*, Tomo 7, 1958/59, pág. 85; *el mismo*, Vom rechtschaffenen Gewissen, *Festschrift für E. Wolf*, 1962, pág. 337; *Zipf*, Der strafrechtliche Schuld begriff, *JBl* 1980, 186.

I. Principio de culpabilidad y libre albedrío

1. El **principio de culpabilidad** es considerado en Alemania como el presupuesto subjetivo decisivo de la responsabilidad penal (vid. *supra* § 4 I 2)²: la pena criminal *sólo*

² Según *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 115 el principio de culpabilidad "en su naturaleza absoluta es la verdadera y más profunda justificación del Derecho penal"; de acuerdo con el BVerfGE 20, 323 (331) el principio nulla poena sine culpa posee "el rango de un principio constitucional". Vid., además, BVerfGE 9, 167 (169); 23, 127 (132 ss.); 50, 125 (133); 50, 205

puede ser fundamentada sobre la comprobación de que al autor se le puede reprochar la formación de la voluntad que le condujo a la resolución delictiva y, además, aquella nunca puede ser más grave que lo que el autor se merece según su culpabilidad³. **El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona**, pues sólo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales. Si todo hacer u omitir estuviera determinado decisivamente a través de la eficacia causal propia de los procesos naturales y privado de la influencia de las fuerzas de la voluntad, tendría tan poco sentido reprocharle a la persona sus hechos como hacerlo responsable por sus enfermedades. Pero, incluso, si todas las acciones humanas estuvieran inevitablemente prescritas si bien no naturalmente pero sí psicológicamente por la peculiaridad del carácter, el predominio de los motivos existentes en ese momento y por los estímulos del mundo exterior, la pena

(214); BGH 2, 194 (200). El rango constitucional del principio de culpabilidad descansa sobre la dignidad de la persona (art. 1 GG) y el principio del Estado de Derecho (art. 28 II GG). Acerca de la relación entre el principio de culpabilidad y la dignidad de la persona *Otto*, GA 1981, págs. 486 ss.; con carácter general respecto al principio de culpabilidad y los derechos fundamentales *Frister*, Schuldprinzip págs. 37 ss. Son contrarios al principio de culpabilidad *Baurman*, Zweckrationalität págs. 253 ss. ("culpabilidad como criterio para la proporcionalidad"); *Neufelder*, GA 1974, pág. 307 (culpabilidad como "imputación subjetiva"); *Kargl*, Kritik pág. 246 (culpabilidad como ficción en perjuicio del acusado); *Scheffler*, Grundlegung pág. 138 (en lugar de la culpabilidad, existencia objetiva de la responsabilidad con el principio de culpabilidad); *Dux*, Der Täter pág. 57 (la culpabilidad "pertenece a tiempos pasados"). *Jakobs*, Allg. Teil 17/22 ss. el concepto de culpabilidad queda absorbido por la prevención general positiva; en contra, con razón, *Roxin*, SchwZStr 104 (1987) págs. 364 ss. La definición de *Jakobs*, Schuldgrundsatz pág. 35 de que "la culpabilidad material consiste en la infidelidad a las normas legítimas", desatiende completamente el carácter individual de la reprochabilidad del hecho. *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núms. 3 ss. vincula la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena a la nueva categoría delictual de la responsabilidad. En contra, *LK* (11.^a) (*Jescheck*) nota preliminar núm. 72 antes del § 13 con referencias; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 182 antes del § 32.

³ El principio de culpabilidad es una proposición jurídica constitucional no sólo en su función limitadora de la pena sino también en su aspecto fundamentador de la misma; de otra opinión *Roxin*, JuS 1966, pág. 384; *el mismo*, MSchrKrim 1973, págs. 319 ss.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift pág. 297; *el mismo*, SchwZStr 104 (1987) pág. 372; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips pág. 189; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 1 antes del § 19; §§ 2 II, 59 AE. La doctrina mayoritaria se pronuncia en el sentido del texto principal vid., especialmente, *Arthur Kaufmann*, JZ 1966, pág. 555; *el mismo*, Jura 1986, pág. 230; *el mismo*, Wassermann-Festschrift pág. 890; *Lenckner* Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit pág. 18; *Hirsch*, ZStW 106 (1994) págs. 755, 764 ss.; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 182 antes del § 32; *Kühl*, Allg. Teil § 10 núms. 2 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I 30 núm. 49; *LK* (11.^a) (*Jähnke*) § 20 núm. 10; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 109 antes del § 13; *Stratenwerth*, ZStW 85 (1973) pág. 490; *Wessels*, Allg. Teil núm. 398.

no podría ser entendida como un juicio de desvalor *ético-social* sino que debería recibir un sentido neutral.

Por ello, los *adversarios del libre albedrío que son consecuentes*, conectando con Franz v. Liszt y su teoría, según la cual, el determinismo lógico debe conducir "necesariamente al completo e ilimitado reproche de la pena retributiva, al reconocimiento exclusivo e incondicional de la pena como finalidad"⁴, han sostenido un Derecho penal fundamentado en la renuncia al principio de culpabilidad en sentido ético-social y en el entendimiento meramente formal de la culpabilidad como la suma de los elementos subjetivos de imputación del hecho⁵.

2. Por el contrario, un Derecho penal orientado al principio de culpabilidad debe enfrentarse con la **problemática del libre albedrío**⁶. Respecto a esta última, aquí sólo puede ser abordada en la medida en que con ella se cuestiona la fundamentación de la culpabilidad penal⁷.

⁴ v. Liszt, Aufsätze Tomo II pág. 52.

⁵ Vid., por ejemplo, Bauer, Das Verbrechen págs. 17 ss.; el mismo, Das heutige Bild págs. 16 ss.; el mismo, Vom kommenden Strafrecht págs. 59 ss.; Baratta, ZStW 92 (1980) págs. 140 ss.; Danner, Gibt es einen freien Willen? págs. 190 ss.; el mismo, MSchrKrim 1971, págs. 53 ss. (con una comparación clara de las consecuencias); Gramatica, Principi págs. 41 ss. (en adhesión al "Progetto preliminare" de Ferri del año 1921); Kargl, Kritik des Schuldprinzips págs. 252 ss.; Ellscheid/Hassemer, Civitas 9 (1970) pág. 27; Plack, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; Streng, ZStW 92 (1980) págs. 656 ss.; Klug, Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens págs. 108 ss.; Mergen, Kriminologie und Strafrecht pág. 17. De otra opinión la actual "Defensa Social"; vid. Marc Ancel, Défense sociale nouvelle pág. 187: "Par là qu'on le veuille ou non, c'est l'idée ou plutôt le sentiment de la faute qui se trouve réintroduit dans le droit pénal". Vid. también al respecto, Hilde Kaufmann, JZ 1962, págs. 195 ss.; Lange, Die moderne Anthropologie págs. 281 ss.; el mismo, Bockelmann-Festschrift pág. 270; Bockelmann, Lange-Festschrift págs. 1 ss. También en los países escandinavos pierde terreno la fundamentación puramente utilitarista de la pena; vid. Agge/Thornstedt, Das schwedische Strafrecht pág. 260; Jareborg, ZStW 106 (1994) págs. 148 ss. (en contra de la crítica de Jung, Sanktionssysteme págs. 211 ss.). En contra de Danner detalladamente Dreher, ZStW 95 (1983) págs. 340 ss.

⁶ También Mezger dejó de defender la tesis expuesta en su Manual (Lehrbuch pág. 251) de acuerdo con cual la culpabilidad penal como "culpabilidad jurídica" es independiente de la discusión sobre el libre albedrío. Por el contrario, H. Mayer, Grundriß pág. 105 sitúa su teoría de la imputación subjetiva, independientemente de la cuestión del libre albedrío, sobre el hecho del "dominio de la voluntad". Para Roxin, ZStW 96 (1984) pág. 653 lo único importante es si "el autor era básicamente motivable de acuerdo con la norma en el momento de la comisión del hecho"; en Allg. Teil I § 19 núm. 35 alude a que el autor "posea la capacidad de comportarse de acuerdo con la norma" y "que psíquicamente le fuera accesible una alternativa de comportamiento adecuado a Derecho" (núm. 3). Gimbernat Ordeig, Henkel-Festschrift pág. 166 se conforma con la comprobación de que la pena "carezca de una función metafísica retributiva o purificadora". En contra de Gimbernat, Bacigalupo, Welzel-Festschrift págs. 481 ss. Haddenbrock, MSchrKrim 1968, págs. 151 y JZ 1969, págs. 121 ss. no fundamenta su concepto de culpabilidad sobre el libre albedrío sino sobre la capacidad de responsabilidad de la persona. Como en el texto principal Schultz, Einführung I págs. 178 ss.; Armin Kaufmann Strafrechtsdogmatik págs. 271 ss.; LK (11.^a) (Jähnke) § 20 núms. 10 ss.

⁷ Una exposición acerca de la cambiante historia de este problema a lo largo del siglo XIX la proporciona Holzhauser, Willensfreiheit und Strafe, 1970.

a) Fueron pocos los que todavía últimamente defendían el *dogma clásico del indeterminismo carente de presupuestos*, según el cual, la persona puede seguir en todo momento tanto la voz de su conciencia como la de la tentación y, conforme a ello, determinar su mérito y culpabilidad en correspondencia con su decisión libre⁸. Cercano a esta concepción estuvo también el BGH cuando señaló lo siguiente: “con el juicio de desvalor de la culpabilidad al autor se le reprocha el haberse decidido por el injusto, a pesar de que habría podido decidirse por actuar conforme a Derecho” (BGH 2, 194 [200]). De forma similar se expresa la fundamentación del E 1962: “La reprochabilidad exige que en el momento del hecho el autor era capaz de evitar la concreta formación de la voluntad destinada a la realización del hecho” (pág. 137). Frente a la objeción de que la aceptación de la libertad supone una ruptura del principio causal científicamente insostenible, le es opuesta la tesis consistente en que incluso para las Ciencias de la naturaleza no rige completamente la ley de la causalidad sino que hay que admitir un “margen de libertad”⁹. Por ello, en la antropología filosófica se defiende parcialmente el punto de vista de que en el ámbito de la responsabilidad ética y jurídica rige una forma especial de determinación, esto es, la conformada por la ley moral, en el que aunque ciertamente la persona está determinada, también conserva sin embargo su libertad¹⁰. En este sentido, junto a la forma de pensamiento causal referido a la naturaleza se acepta otra de carácter “espontáneo” referido a la psique mediante la que se expresa la creatividad, autonomía y espiritualidad de la personalidad humana¹¹. Por el contrario, la doctrina dominante ha considerado

⁸ Así, *Wegner*, *Strafrecht* pág. 79.

⁹ Vid. *A. Wenzl*, *Philosophie der Freiheit* pág. 30. Sobre ello *Heisenberg*, *Naturbild* págs. 26 ss., quien de esta forma interpreta las simples regularidades estadísticas indicando “que sólo se conoce el sistema físico de un modo incompleto”.

¹⁰ *Nicolai Hartmann*, *Ethik* págs. 594, 628 y 635; *el mismo*, *Einführung in die Philosophie* págs. 179 ss.; *H. Mayer*, *Lehrbuch* págs. 230 ss.; *Würtenberger*, *Freiburger Dies Universitatis* 1958/59 pág. 94; *Arthur Kaufmann*, *Schuldprinzip* págs. 280 ss.; *Griffel*, *Der Mensch* págs. 192 ss. Acerca del punto de vista de la ética cristiana *Fischer*, *Schuldbegriff* pág. 166: “La libertad y la responsabilidad constituyen el ser de la persona”. Esta teoría ha experimentado una profundización a través de *Dreher*, *Willensfreiheit* págs. 379 ss. que se sitúa en la conciencia de libertad como la única realidad accesible de la persona. En contra de este planteamiento, *ZStW* 100 (1988) pág. 546; vid. también la réplica de *Dreher*, *Spendel-Festschrift* págs. 13 ss. y la contrarréplica de *Tiemeyer*, *ZStW* 105 (1993) págs. 500 ss.

¹¹ Vid. *Mezger*, *Willensfreiheit* pág. 13; *Welzel*, *Lehrbuch* págs. 142 ss.; *Mangakis*, *ZStW* 75 (1963) pág. 523; *W. Keller*, *Willensfreiheit* pág. 576; *Arthur Kaufmann*, *Schuldprinzip* págs. 118, 130. Básicamente también *Baumann/Weber*, *Allg. Teil* pág. 366; *Baumann*, *JZ* 1969, pág. 182; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 36 núm. 12; *Wessels*, *Allg. Teil* núm. 401; *Rudolphi*, *Unrechtsbewußtsein* págs. 12 ss. Acerca de la comprobación empírica del “poder actuar de otro modo” v. *Baeyer*, *Der Nervenarzt* 28 (1957) pág. 337.

que es imposible probar la fundamentación del reproche culpabilístico a través de la libertad del hombre como persona *individual*¹². En lugar de ésta se acepta que sólo es posible un juicio de culpabilidad de comparación social en el que se pregunta si “el hombre medio”, alguien con una “*personalidad adecuada*”, de haberse encontrado en el lugar del autor, habría estado en condiciones de actuar de otro modo¹³. Un tercer sector de opinión no fundamenta la culpabilidad sobre la formación de la voluntad que conduce al hecho concreto, sino sobre las predisposiciones pertenecientes al carácter del autor. A éste se le reprocha no haber adquirido durante el transcurso de su vida la fuerza volitiva y la razón moral correspondiente que habrían sido necesarios para resistir a los estímulos conducentes al hecho antijurídico¹⁴.

b) A la vista de la imposibilidad de aclarar estas cuestiones, en relación con la fundamentación de la culpabilidad penal sólo puede afirmarse con suficiente seguridad lo siguiente¹⁵: los procesos mentales que sirven de base a la formación

¹² Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 109; *Blei*, Allg. Teil págs. 178 ss.; *Hassemer*, Einführung págs. 228 ss.; *Henkel*, *Larenz-Festschrift* pág. 24; *Haddenbrock*, JZ 1969, págs. 121 ss.; *el mismo*, *Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und “Schuldfähigkeit”* págs. 893 ss.; *LK* (11.^a) (*Jähnke*) § 20 núm. 8; *Lenckner*, *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit* pág. 98; *Roxin*, *Henkel-Festschrift* pág. 175; *el mismo*, ZStW 96 (1984) pág. 643; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 513; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 154. Vid. también *Welzel*, *EngischFestschrift* pág. 101.

¹³ Así, *Nowakowski*, *Rittler-Festschrift* pág. 71; *Graf zu Dohna*, *Willensfreiheit* pág. 17; *el mismo*, ZStW 66 (1954) pág. 508; *Blei*, Allg. Teil págs. 178 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 110 ss.; *LK* (10.^a) (*Lange*) § 21 núm. 6; *Haft*, Allg. Teil págs. 119 ss.; *Stratenwerth*, *SchwZStr* 101 (1984) pág. 234; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 110 antes del § 13; *Schreiber*, *Der Nervenarzt* 1977, pág. 245; *Arthur Kaufmann*, JZ 1967, pág. 560; *el mismo*, *Schuldprinzip* pág. 282; *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976) pág. 12; *SK* (*Rudolphi*) nota preliminar núm. 1 antes del § 19; § 20 núm. 25. Vid. también BGH GA 1962, pág. 116.

¹⁴ Así, *Engisch*, *Willensfreiheit* pág. 65; *el mismo*, *MSchrKrim* 1967, págs. 110 ss.; *Heinitz*, ZStW 63 (1951) pág. 76. De forma similar *Figueiredo Dias*, ZStW 95 (1983) pág. 242: “deber de responsabilizarse por la personalidad”. En profundidad acerca de la culpabilidad por el carácter *Burkhardt*, *Charaktermängel* págs. 103 ss.

¹⁵ Vid. *Jescheck*, *Das Menschenbild* págs. 20 ss. Esencialmente de acuerdo con el texto *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 29; *Arthur Kaufmann*, Jura 1986, págs. 225 ss.; *Burkhardt*, *Der Wille* pág. 337; *Krümpelmann*, GA 1983, págs. 337 ss.; *Otto*, GA 1981, págs. 486 ss.; *Lackner*, *Kleinknecht-Festschrift* pág. 265; *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núms. 34 ss. (capacidad de comportamiento adecuado a la norma como “*diagnóstico científico experimental*”); *AK* (*Schild*) nota preliminar núms. 53 ss. antes del § 13; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 110 antes del § 13; *Wessels*, Allg. Teil núm. 397; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 513; *Maiwald*, *Lackner-Festschrift* pág. 164; *Tiemeyer*, GA 1986, págs. 226 ss.; *Zipf*, JBl 1980, pág. 194. Acerca de la nueva fundamentación de la teoría de la libertad vid. *v. Baeyer*, *Neurose, Psychotherapie* págs. 633 ss.; *W. Keller*, *Willensfreiheit* págs. 541 ss.; *Portmann*, *Biologische Fragmente* págs. 81 ss.; *Ricoeur*, *Philosophie de la volenti* págs. 64 ss.; *Dreher*, *Willensfreiheit* págs. 379 ss.

de la voluntad no siguen sencillamente las reglas de la naturaleza tal y como lo hacen la presión arterial, la respiración o la digestión, sino que se rigen por sus propias leyes de determinación. **La posibilidad de determinar el comportamiento descansa sobre la capacidad de la persona para controlar sus inclinaciones y de dirigir su decisión hacia la razón, los valores y las normas.** Frente a los demás seres vivos la persona se caracteriza porque su comportamiento puede obedecer al sentido dado por él mismo, mientras que los animales siempre permanecen encerrados en el mecanismo de su mundo instintivo. De ahí que sin duda alguna rija para el género humano la afirmación de *Tomás de Aquino*: "Differt autem in agendo natura rationalis praedita libero arbitrio ob omni alia natura" (De Veritate, quaestio 24, art. 7, corpus articuli). No obstante, hay todavía *dos aspectos desconocidos* (y posiblemente seguirán siempre siéndolo para la investigación) acerca de cómo la libertad, como parte del mundo trascendente, se sustrae a la posibilidad de comprobación empírica¹⁶. Por un lado, se desconoce si la conclusión relativa a la libertad del género humano puede ser referida a la libertad del individuo en la situación concreta en la que tiene lugar su hecho, pues las condiciones en las que adopta la resolución (incluso aunque pudieran ser analizadas en su totalidad) no pueden ser completamente reproducidas a título experimental como consecuencia de los cambios permanentes que se suceden en el alma humana. Por otro, no sabemos de qué modo la persona lleva a cabo la resistencia a las penetrantes inclinaciones criminales trayendo por consecuencia la obediencia a las normas del Ordenamiento jurídico. Con otras palabras: no está probada inequívocamente ni la existencia ni el tipo de efectos derivados de una "espontaneidad" específicamente humana en un concreto acto de decisión. De acuerdo con todas las circunstancias, en la mayoría de los casos de actuación premeditada resulta evidente la libertad resolutoria del hecho. Sin embargo, hay también supuestos en los que puede suceder que el hecho punible concreto sea tan sólo el resultado de la relación de fuerzas existente en ese momento entre los impulsos anímicos, y que sencillamente ante una situación única e irrepetible le hayan faltado al autor las fuerzas para determinarse conforme a las normas del Ordenamiento jurídico. Esto puede ocurrir especialmente en los supuestos de arrebato en los que precisamente el ímpetu de los motivos puede ocasionar una alteración de la conciencia en el sentido del § 20, tal y como en multitud de ocasiones ha evidenciado la psiquiatría forense. De ahí que el reproche de culpa-

¹⁶ En relación con la imposibilidad de comprobar la libertad individual vid. los autores citados *supra* en la nota a pie núm. 11, así como *Nowakowski*, Rittler-Festschrift pág. 58; *Haddenbrock*, Der Nervenarzt 32 (1961) págs. 148, 227 ss.; *Engisch*, Willensfreiheit págs. 23 ss.

bilidad contra el individuo sólo quepa ser formulado de la manera siguiente: en la situación en la que se encontraba, el autor habría podido actuar de otra forma en el sentido de que, según nuestra experiencia en casos similares, **cualquier otro en su lugar** se habría comportado de modo diverso ante la tensión de la fuerza de voluntad que posiblemente le falló al autor¹⁷. No obstante, la cuestión de si el autor habría podido emplear la fuerza de voluntad necesaria y de qué modo ésta se habría impuesto en la correlación de fuerzas de haber sido utilizada, debe permanecer sin contestar¹⁸. El desplazamiento del problema a la expectativa de acción en relación con “el otro” significa dos cosas: de una parte, en las personas adultas sólo puede excluir el reproche de culpabilidad la presencia de *circunstancias extraordinarias* en la persona del autor o en la situación de hecho¹⁹, y de otra, que todo el mundo puede *adquirir* la fuerza de voluntad necesaria ante la existencia de la tentación de cometer el hecho. Ambos presupuestos no descansan sobre sondeos empíricos de la formación de la voluntad del autor, sino que muestran las exigencias normativas del Ordenamiento jurídico frente al autor, pues éste es tratado como un destinatario responsable de la norma y no como menor de edad o un enfermo. El autor es tratado “como alguien libre”²⁰ si su capacidad de control está intacta. El Derecho penal se fundamenta sobre la decisión del legislador según la cual *esta clase de imputación subjetiva* es tan *necesaria* como *justificada* en un Ordenamiento jurídico construido sobre la libertad.

¹⁷ Engisch, Willensfreiheit pág. 26; Graf zu Dohna, ZStW 66 (1954) pág. 508; Mangakis, ZStW 75 (1963) pág. 517; Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldunfähigkeit pág. 19, así como los autores citados más arriba en la nota a pie núm. 12. En este mismo sentido plantea Witter, Beurteilung der Schuldfähigkeit im Strafrecht pág. 51, si, y hasta qué punto, —según la “comparación tipificadora”— “puede serle exigible al autor una actuación distinta”.

¹⁸ A pesar de ello, esta visión no obliga de ninguna manera al legislador y al juez a asumir las consecuencias del determinismo en un sentido “in dubio pro reo”, pues éstas no pueden ser más ventajosas para el autor “sino tanto o, como en muchos casos, más graves” para él como Haddenbrock, JZ 1969, pág. 124 ha evidenciado de acuerdo con la experiencia psiquiátrica. En el reproche de la culpabilidad no puede ser exigido más allá de la *capacidad* de un comportamiento adecuado a la norma en el sentido de Roxin, Allg. Teil I § 19 núm. 35, y de la ausencia de circunstancias que, de acuerdo con la experiencia, impiden al autor hacer uso de esa capacidad en el caso concreto.

¹⁹ Tal y como Krümpelmann, GA 1983, pág. 384 afirma con acierto, el concepto de culpabilidad “elude” todas “las dificultades y cuestiones oscuras del espacio de juego de la motivación” en el autor concreto. No obstante, dentro de la culpabilidad como medida de la pena se intenta comprender dicha motivación y valorar su importancia de acuerdo con los conocimientos de la psiquiatría y la psicología.

²⁰ Así, con acierto, Roxin, Allg. Teil I § 19 núm. 35. También sería equivocado desde una perspectiva criminal pedagógica querer hacer creer al autor que estaba determinado al delito.

3. *La comprensión del reproche culpabilístico de naturaleza jurídico-penal no requiere una mayor profundización*²¹. La convivencia de las personas depende de que la existencia en el mundo esté referida a un sentido trascendente, con independencia de cómo sea fundamentado éste en particular; en todo caso, un orden que sea digno de la persona no puede basarse en el simple hecho de la existencia de los seres vivos²². Por ello, el Derecho debe demandar de los miembros de la sociedad que se dejen determinar por las normas de comportamiento que lleva consigo su existencia social. Pero la exigencia puramente ética de la obediencia al Derecho no bastaría para la salvaguardia del orden común. Antes bien, cada uno debe poder ser hecho responsable por su actuación a través de sanciones que conecten con la experiencia general de la posibilidad de autodeterminación. **La idea de responsabilidad** del autor adulto que mentalmente está medianamente sano constituye una **realidad incontestable de nuestra conciencia social y moral**²³. Cualquiera parte de la certeza de la libertad como presupuesto de la propia conducta y también espera de cualquier otra persona que se comporte libremente. Asimismo, también la responsabilidad de una persona frente a la comunidad es algo evidente para cualquier otra. Estaríamos una Política criminal nociva si el Derecho penal no contara con este hecho social-psicológico fundamental y, en lugar del mismo, quisiera basarse sobre el esquema humano del determinismo

²¹ Acertadamente en este sentido *Bockelmann*, ZStW 75 (1963) pág. 388; *el mismo*, Vom Sinn der Strafe págs. 37 ss.; *Ebbinghaus*, Studium Generale 1954, pág. 520. También de acuerdo con *Dreher*, Willensfreiheit pág. 383 el libre albedrío no necesita ser probado porque con la vivencia de nuestra libertad la representación de su existencia nos es inherente.

²² Vid. *Welzel*, Grünhut-Erinnerungsgabe págs. 183 ss.; *Henkel*, Rechtsphilosophie págs. 257 ss.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte págs. 603 ss.; *Frey*, Schuld, Verantwortung, Strafe pág. 320; *Bodenheimer*, Responsibility pág. 49.

²³ No se trata sólo, tal y como *Kohlrausch*, Güterbock-Festgabe pág. 26 acepta, de una "ficción estatalmente necesaria". Vid. también *Haddenbrock*, MSchrKrim 1968, págs. 151 ss. y JZ 1969, págs. 126 ss.; *Lersch*, Aufbau der Person pág. 493; *Kaiser*, Kriminologie § 20 núms. 18 ss.; *LK* (11.^a) (*Jähnke*) § 20 núm. 12; *Frister*, Struktur pág. 87 (responsabilidad tan sólo cuando el hecho es "moralmente imputable"); *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit págs. 20, 97; *Roxin*, ZStW 96 (1984) pág. 651; *Naucke*, Einführung § 239 ("poder ser hecho culpable" como principio de organización evidente para un comportamiento interpersonal"); *Grasnick*, Über Schuld pág. 55 (la culpabilidad es una "realidad social"); *Hirsch*, ZStW 106 (1994) pág. 763 (la culpabilidad como "base comúnmente aceptada de la autoconciencia humana"). En atención a la realidad social del libre albedrío hay quien apoya el reproche de culpabilidad de forma inmediata sobre la capacidad que se presupone para actuar de otro modo en la situación de hecho, vid. *Schünemann*, Funktion des Schuldprinzips págs. 163 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik und das Strafrechtssystem págs. 170 ss.; *el mismo*, Die Entwicklung der Schuldlehre págs. 149 ss.; no obstante, este autor pretende hacer valer tan sólo a la prevención como fin y legitimación de la pena.

consecuente cuyos presupuestos pueden probarse tan inexactamente como los de la libertad²⁴.

4. La conducta humana, cuya libertad presupone el principio de culpabilidad, tampoco está determinada —ni siquiera en el caso ideal— por las exigencias de la norma correspondiente. El **margen de posibilidades** de que dispone la persona con vistas a la decisión se encuentra también **coartado por numerosos y verdaderos factores causales** que van desde la edad, sexo, origen, experiencias, enfermedades, temperamento, humor, fatiga, excitación y el afecto hasta la mentalidad popular y la influencia del paisaje y del tiempo. Resulta inimaginable una sentencia judicial que pudiera tener en cuenta hasta el último de los momentos que han influido sobre la formación de la voluntad del autor²⁵. Sin embargo, la imposibilidad de una justicia absoluta tampoco habla en contra de la posibilidad y del valor de una justicia relativa, para cuya realización el principio de culpabilidad es con mucho el más idóneo al ser un criterio comprendido y aplicado por todas las personas. En la práctica, sólo el principio de culpabilidad puede constituir la base de la Política criminal pues las penas que no son sentidas como algo merecido no pueden desarrollar un efecto positivo ni sobre el condenado ni sobre la comunidad. Además, únicamente el principio de culpabilidad permite llevar a cabo en la praxis el principio de la determinación de la pena, puesto que la sentencia judicial se limita básicamente al hecho cometido sin llevar a cabo un examen de toda la trayectoria vital del acusado²⁶. Por ello la prevención general no puede sustituir al principio de culpabilidad pues carece de una conformación que sirva para fijar la medida de la pena (vid. acerca de las teorías de *Achenbach* y *Jakobs supra* § 22 IV 4). Finalmente, sólo cabe esperar una resocialización del condenado durante la ejecución de la pena si ha aprendido a entender lo que significa la culpabilidad criminal como un consciente cargo de conciencia y se propone seriamente evitarlo en un futuro²⁷.

²⁴ El principio de culpabilidad como categoría material tampoco puede ser propuesto como lo hacen *Ellscheid/Hassemer*, *Civitas* 9 (1970) págs. 27 ss. así como *Hassemer*, *Alternativen* págs. 104 ss., esto es, sustituyéndolo por el principio puramente formal de “proporcionalidad” que rige para las medidas de seguridad (§ 62); en contra, *Arthur Kaufmann*, *Lange-Festschrift* págs. 27 ss. Vid. también *Seelmann*, *Jura* 1980, págs. 509 ss.

²⁵ *Kant*, *Kritik der reinen Vernunft* pág. 501 nota a pie: “La verdadera moralidad de las acciones (mérito y culpabilidad) permanece siempre oculta, incluso la de nuestro propio comportamiento. Nuestras imputaciones sólo pueden ir referidas al carácter empírico. Pero nadie puede indagar la parte que resulta atribuible al puro efecto de la libertad, a la simple naturaleza, a defectos inculpables del temperamento o a su afortunada condición (merito fortunae), de ahí que tampoco pueda juzgarse con una absoluta justicia”.

²⁶ Atinadamente en esta dirección *Stratenwerth*, *Tatschuld* pág. 31.

²⁷ Acerca de la posibilidad de un “diálogo de culpabilidad” que sobre todo sería de gran

II. La conciencia como fuente de conocimiento del Derecho y del injusto

1. El principio de culpabilidad no sólo presupone que la persona pueda decidirse *libremente* sino también que lo puede hacer *correctamente*. Junto a la libertad del querer debe encontrarse la capacidad de valorar. Esto último es incluso lo verdaderamente esencial pues de otro modo las decisiones de la persona no podrían estar determinadas por las normas de deber. La **conciencia** es el medio a través del cual son asumidos los conceptos valorativos y son enjuiciadas por anticipado las propias acciones²⁸. Racionalmente es tan poco explicable como la libertad misma²⁹ pero, al igual que ésta, es presupuesta por cualquiera como algo evidente. La conciencia es una fuerza que se encuentra a priori en la persona, que se va desarrollando ya desde la más corta infancia en diferentes etapas³⁰ y que en la personalidad madura conduce a un conocimiento jurídico natural que, por regla general, capacita a la persona a evitar el injusto sin necesidad de una reflexión profunda (vid. *infra* § 37 III 2)³¹. Las decisiones de la conciencia son como las de un juez incorruptible, esto es, la mayoría de ellas inequívocas e incondicionales, y son reconocidas por la persona misma sin contradicción alguna cuando se busca el perdón del prójimo por sus errores.

2. En el ámbito del Ordenamiento jurídico es la **conciencia del Derecho** la que capacita para distinguir entre lo que es conforme o contrario al mismo³². Ciertamente que la validez de la norma jurídica no está condicionada por su reconocimiento por parte de la conciencia del ciudadano³³, pero dado que la conciencia jurídica es el órgano natural a través del cual el individuo hace suyos los mandatos y prohibiciones normativas, también el intelecto puede intervenir

ayuda durante la ejecución de la pena, *Haft*, Schuldiallog págs. 24 ss., 95 y *Kunz*, ZStW 98 (1986) pág. 833.

²⁸ Vid. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte págs. 610 ss.; *Henkel*, Rechtsphilosophie pág. 331; *Welzel*, Naturrecht pág. 238; *el mismo*, Die Frage nach der Rechtsgeltung págs. 29 ss.; *Hupperschwiller*, Gewissen págs. 41 ss. Desde la perspectiva de la Teología moral *Schüller*, Gewissen und Schuld pág. 49: "Determinación conforme a lo que es correcto y equivocado".

²⁹ Y así, *Nicolai Hartmann*, Ethik pág. 135 describe la conciencia como "la influencia de un poder «superior», como una voz de otro mundo".

³⁰ En relación con el proceso de formación de la conciencia *Hupperschwiller*, Gewissen págs. 47 ss.

³¹ Acerca del concepto de "personalidad socio-cultural" *Thomae*, MSchrKrim 1961, pág. 116.

³² Vid. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte pág. 611; *Würtenberger*, E. Wolf-Festschrift págs. 349 ss.; *Kraushaar*, GA 1959, págs. 327 ss.; *Jescheck*, Revista Jurídica de Buenos Aires 1959, pág. 26.

³³ *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit págs. 72 ss.; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein pág. 39.

complementariamente a través del conocimiento puramente racional de los mandatos jurídicos, de forma que el veredicto de la conciencia tenga que ser completado mediante las informaciones que deban obtenerse. El Derecho penal exige de cualquiera el “esfuerzo por parte de la conciencia” de eliminar cualquier duda acerca de lo que es injusto y adecuado al Derecho (BGH 2, 194 [201]). Sin embargo, como forma de sentimiento y reconocimiento humano, sobre la conciencia jurídica también pesa la posibilidad de una **decisión equivocada** que puede tener su origen en la pereza, error o ceguera de la conciencia (“conciencia errónea”)³⁴. Si falta en el autor la conciencia de la antijuricidad entonces se encuentra en un error de prohibición (vid. *infra* § 41 II, III). La cuestión de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición depende, entre otras cosas, de si el autor pudo o no alcanzar el conocimiento de la antijuricidad de su hacer mediante el correspondiente esfuerzo de conciencia que le es exigible (BGH 2, 194 [201 ss.]). Así pues, el reproche culpabilístico de naturaleza penal está basado esencialmente en que el autor durante la formación de su voluntad *no* se ha dejado llevar por su conciencia jurídica o, en su caso, en que no ha corregido su conciencia errónea.

3. El error de conciencia debe diferenciarse de la existencia de una *convicción contraria al Derecho* por parte del autor³⁵. En realidad, la vigencia de las normas jurídicas no depende de la aprobación del individuo sino que se fundamenta en un acto de afirmación de la comunidad. Pero, de la mano de su conciencia y a pesar del *carácter vinculante* del *Ordenamiento jurídico*, el individuo puede sentirse forzado a realizar un comportamiento contradictorio con aquél. En estos supuestos nos encontramos ante un **delincuente por convicción**³⁶.

Ejemplos: La negativa de los miembros de la secta “Testigos de Jehová” a realizar la prestación social sustitutoria prevista en el art. 12a II GG, se fundamenta en que para ellos cualquier alternativa al servicio militar también significa una apostasía a sus creencias, motivo por el cual el Estado no debería obligarles a llevarla a cabo. El Tribunal Constitucional (BVerfGE 19, 135 y 23, 127 [132]), sin embargo, no ha otorgado validez al argumento de conciencia frente al deber constitucionalmente establecido de llevar a cabo la prestación. No obstante, de acuerdo con el art. 103 III GG, la condena reiterada de la negativa al servicio por desobediencia de una nueva orden de incorporación contradice una decisión seria y duradera dictada por la conciencia (BVerfGE 23, 191 [203]; acerca

³⁴ Vid. *Welzel*, Vom irrenden Gewissen págs. 13 ss.

³⁵ Vid. *Welzel*, DJT-Festschrift págs. 393 ss.

³⁶ En relación con el estado de opinión al respecto en los años veinte: *Radbruch*, ZStW 44 (1924), págs. 34 ss.; *el mismo*, Verhandlungen des 34. DJT Tomo II págs. 354 ss.; *Nagler*, GS 94 (1927) págs. 48 ss.; *E. Wolff*, Verbrechen aus Überzeugung, 1927; vid. además en la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal: Niederschriften Tomo I págs. 94 ss.

de la “negativa total”, además, OLG Celle NJW 1985, pág. 2428 y OLG Düsseldorf NJW 1985, pág. 2429)³⁷. Un miembro de una secta religiosa que intenta convencer a su mujer (quien también pertenece a aquélla) para que no acceda a una transfusión sanguínea que resulta necesaria para ella tras un parto, pero que resulta inadmisibles para sus creencias, no puede ser castigado por los §§ 222 o 323c (BVerfGE 32, 98 [106 ss.]; vid. también OLG Hamm NJW 1968, pág. 212)³⁸.

El Ordenamiento jurídico no puede hacer depender la validez de sus normas de la aprobación del individuo en concreto, pues de lo contrario quedaría reducido a una recomendación no vinculante y perdería su fiabilidad. De ahí que, según la opinión dominante, el delincuente por convicción ni puede quedar justificado ni, por lo general, tampoco disculpado (BGH 2, 194 [208])³⁹. Tampoco existe un error de prohibición pues el autor por convicción sólo rechaza la obediencia a un mandato legal por él conocido⁴⁰. No obstante, una decisión tomada en conciencia y contraria a Derecho puede ser tenida en cuenta en la determinación de la pena según el valor ético del motivo imperante (BGH 8, 162 [163])⁴¹ e, incluso, constituir una causa de exculpación para el supuesto de una vinculación profundamente arraigada a un deber de conciencia de naturaleza absoluta (vid. *infra* § 47 III). Por otra parte, no se han impuesto los esfuerzos dirigidos a introducir una figura delictiva especial para el autor por convicción en la que no se contuviera el juicio de desvalor sobre su persona (vid. la 2.ª ed. de esta obra pág. 309)⁴².

³⁷ Acerca de la cuestión en su conjunto *Peters*, JZ 1966, pág. 457; *Dürig*, JZ 1967, pág. 426; v. *Burski*, Die Zeugen Jehovas págs. 135, 143; mostrándose concluyente *Peters*, Engisch-Festschrift págs. 468 ss.

³⁸ Por la especialidad de los hechos (la propia mujer rechazó cualquier transfusión) el BVerfG consideró que la pena criminal “bajo ningún aspecto...era una sanción adecuada” (pág. 109); de acuerdo *Ranft*, Schwinge-Festschrift págs. 123 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 7 antes del § 19; *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núm. 124.

³⁹ Vid. *Gallas*, Beiträge págs. 65 ss.; *Heinitz*, ZStW 78 (1966) pág. 631; *Noll*, ZStW 78 (1966) págs. 638 ss.; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núms. 221 ss. antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 7; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 46 núm. 15; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip págs. 137 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 425 ss.; *Welzel*, Lehrbuch págs. 176 ss. Favorable por el contrario a una justificación de los delincuentes por convicción *Peters*, H. Mayer-Festschrift pág. 276. A favor de su exculpación *Bopp*, Gewissenstäter pág. 251; *Ebert*, Überzeugungstäter pág. 84 (a favor de un “autor por necesidades de conciencia”); *Müller-Dietz*, Peters-Festschrift pág. 108; *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núm. 103; *Sproß*, Überzeugungs- und Gewissenstäter pág. 395; *Wessels*, Allg. Teil núm. 404.

⁴⁰ A favor de un error de prohibición, sin embargo, *Armin Kaufmann*, ZStW 80 (1968) págs. 40 ss.; *Tiedemann*, ZStW 81 (1969) pág. 873 nota a pie núm. 11.

⁴¹ Vid. *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 557 ss.; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 224 antes del § 32 con referencias adicionales.

⁴² Vid. *Bockelmann*, Welzel-Festschrift págs. 549 ss.

III. El modelo de la estructura estratificada de la persona

Con la finalidad de ilustrar la interacción existente entre las fuerzas corporales y mentales del sentir, pensar, valorar, querer y actuar de la persona, la **psicología** ha desarrollado la teoría de la **estructura estratificada de la personalidad**. En realidad, tan sólo se trata de una imagen pero sirve para mostrar al Derecho penal cómo es la persona como “ser natural” y como “ser espiritual”⁴³.

1. El pensamiento básico de todas las teorías de la estratificación⁴⁴ reside en la diferenciación entre un *estrato profundo inconsciente* y otro *estrato consciente de la personalidad*⁴⁵. Dentro del primero se distingue entre un nivel vital y un nivel anímico profundo. El **primero** es el responsable de las funciones biológico-fisiológicas del cuerpo sin las cuales no sería posible la vida (respiración, circulación sanguínea, metabolismo, movimiento, percepciones sensoriales, reflejos). Suministra continuamente la energía necesaria a los niveles superiores y almacena la potencia necesaria para el desarrollo de las diversas actividades psíquicas y espirituales (“*mens sana in corpore sano*”). Por otra parte, el nivel vital también recibe permanentemente influjos procedentes de niveles superiores (por ejemplo, palpitaciones cardíacas, oscilaciones en la presión sanguínea y alteraciones respiratorias como consecuencia de fuertes impresiones psíquicas). El **nivel anímico profundo** abarca los impulsos ligados a los instintos (el de supervivencia, el de alimentación, el sexual o el productivo), las actitudes básicas (temperamento) heredadas y adquiridas, los talentos (vgr., musicalidad, poliglotismo), la escala de los sentimientos que alcanza hasta las más altas aspiraciones, inclinaciones e intereses (por ejemplo, amor a los animales, misericordia, honradez o religiosidad). Este nivel anímico profundo es el centro de los impulsos que se apoderan de la persona, que le instan a actuar en una dirección concreta, a dirigirse a determinados objetivos y el que le abastece de ideas y estímulos. La singularidad y plenitud de la personalidad es determinada esencialmente por el estrato profundo sin el cual no existirían otras capacidades espirituales superiores. “La persona no puede perseverar largo tiempo en la consciencia o en una situación consciente. Debe evadirse continuamente al inconsciente que es donde posee sus raíces” (*Goethe*).

⁴³ Vid. *Henkel*, *Studium Generale* 1960, págs. 232 ss. Advierte con razón de la visión acrítica de la teoría de la estratificación *Nass*, *Wandlungen des Schuldbegriffs* págs. 123 ss. Significativa es también la advertencia de *Thomae*, *Schuldfähigkeit* pág. 333, de que no pueden concebirse “estáticamente” las relaciones de dominio entre los distintos estratos. Sobre todo ello vid. también *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* págs. 148 ss., 372 ss.

⁴⁴ El texto sigue esencialmente la exposición contenida en *Rothacker*, *Die Schichten der Persönlichkeit*, 1952. Aunque no completamente divergentes, también han desarrollado otros modelos *Lersch*, *Aufbau der Person* págs. 99 ss., 495 ss., 530 ss. y *H. F. Hoffmann*, *Die Schichttheorie*, 1935.

⁴⁵ Vid., más detalladamente, *Heiß*, *Tiefenpsychologie* págs. 13 ss.

2. El *estrato de la personalidad* está determinado por el centro del “yo” en el que ocupan su lugar las funciones anímicas de naturaleza consciente. Sin embargo, por delante del centro del “yo” existe otro estrato que, a pesar de que pertenece al estrato de la personalidad, muestra la transferencia de las funciones psíquicas inconscientes a las conscientes: el **estrato personal**⁴⁶. Éste posee un gran significado para el comportamiento de la persona ya que a través de la continua adopción de decisiones a lo largo de la vida va forjando poco a poco el carácter de aquélla⁴⁷. En el estrato personal se acumula el sólido conjunto de reglas vitales de las que con posterioridad se desprenderán nuevas decisiones de conducta que, aunque poseedoras de una naturaleza espontánea e indeliberada y tomadas sin esfuerzo, reflejan inconfundiblemente una nota personal. La cúspide plenamente consciente de la vida psíquica y espiritual es el **centro del “yo”**. Aquí reside la instancia de control para los impulsos procedentes del nivel profundo y es el lugar donde son examinados según su significado y valor en rango (conciencia consciente), si es que no han sido ya trasladados automáticamente al estrato personal o han sufrido el correspondiente rechazo. El verdadero rendimiento psíquico-espiritual tiene su origen en el centro del “yo”.

3. El **juicio de culpabilidad** está relacionado con el conjunto de acontecimientos que intervienen en la formación de la voluntad. Se valoran *todos* los esfuerzos, aspiraciones y máximas que toman parte en aquélla. El reproche de culpabilidad se dirige primordialmente frente al fracaso de la instancia de control, pues ahí reside la decisión última sobre todo hacer u omitir⁴⁸. Pero también el modo de funcionamiento del estrato personal forma parte del objeto del juicio de culpabilidad porque desde aquél se dirige el comportamiento inconsciente. De este modo, el origen de un error de prohibición invencible descansa a menudo sobre la ausencia de una advertencia por parte del estrato personal. En especial, el contenido de culpabilidad de la imprudencia inconsciente se fundamenta con frecuencia sobre el fracaso de los mecanismos de cuidado que actúan de modo automático y que tienen su base en el respeto a la vida y bienes ajenos (*neminem laede*). También en los hechos cometidos por arrebató, que tienen lugar evitando el centro del “yo” por medio de una descarga inmediata en la que se produce una disminución de la conciencia, el reproche de culpabilidad se refiere a la

⁴⁶ Más detenidamente al respecto, *Lersch*, *Aufbau der Person* págs. 496 ss.; *Welzel*, *Lehrbuch* págs. 149 ss.

⁴⁷ Más minuciosamente sobre la cuestión *Gehlen*, *Der Mensch* págs. 400 ss.

⁴⁸ Véase sobre esto la observación de *Rothacker*, *Die Schichten der Persönlichkeit* pág. 92: “La pretensión jurídica y moral del «ser» responsable descansa sobre ese inmenso poder del Yo que siempre está en guardia”.

pérdida del control de los impulsos psíquicos profundos por parte de las fuerzas del estrato personal en la etapa previa de la tensión afectiva⁴⁹. Los impulsos del estrato profundo pertenecen a la propia naturaleza de la persona; son ciertamente controlables pero en su origen no están sometidos a la voluntad. Por tanto, nadie puede reprochar al delincuente sexual que su impulso libidinoso fuera incontenible y que se viera impulsado a su descarga. El juicio de culpabilidad se refiere tan sólo al funcionamiento de las instancias de control. Con menos razón puede fundamentarse todavía el juicio de culpabilidad sobre acontecimientos que suceden en un segmento biológico-fisiológico del estrato profundo. Por este motivo los actos reflejos y los ataques o accesos en los que sobrevienen situaciones de inconsciencia no son considerados ni siquiera acciones en sentido jurídico (vid. *supra* § 23 VI 2a).

§ 38 Los fundamentos dogmáticos del concepto de culpabilidad

Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *el mismo*, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: *Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 135; *Bacigalupo*, Bemerkungen zur Schuldlehre, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 477; *Baumann*, Schuld und Verantwortung, JZ 1962, pág. 41; *Beling*, Unschuld, Schuld und Schuldstufen usw., 1910; *Bockelmann*, Studien zum Täterstrafrecht, 1.^a Parte, 1939, 2.^a Parte, 1940; *el mismo*, Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 252; *Brauneck*, Zum Schuldstrafrecht des neuesten Entwurfs eines StGB, MSchrKrim 1958, pág. 129; *la misma*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, pág. 261; *Busch*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; *Graf zu Dohna*, Zum neuesten Stande der Schuldlehre, ZStW 32 (1911) pág. 323; *Dünnebier*, Über die Vereinheitlichung von Strafe und Sicherungsverwahrung Tagungsberichte der Strafvollzugskommission, Tomo I, 1967, pág. 86; *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung, 1895; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Zur Idee der Täterschuld, ZStW 61 (1942) pág. 166; *el mismo*, Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen? ZStW 66 (1954) pág. 339; *el mismo*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971; *Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießener Festschrift, 1907, pág. 3; *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; *Geilen*, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 173; *Goldschmidt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, Österr.

⁴⁹ Vid. *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift págs. 338 ss.

Zeitschrift für Strafrecht 1913, pág. 129; *el mismo*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Grünhut*, Gefährlichkeit als Schuldmoment, Festgabe für G. Aschaffenburg (MSchrKrim 1926, Suplemento 1) pág. 87; *Hall*, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70 (1958) pág. 41; *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) págs. 184 ss.; *Heinitz*, Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951) pág. 57; *Herren*, Die Gesinnung Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, 1966; *Hohenleitner*, Schuld als Werturteil, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 185; *Hold v. Ferneck*, Die Schuld im Rechte und in der Moral, ZStW 32 (1911) pág. 249; *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993; *Jescheck*, Vom Stil der gegenwärtigen deutschen Strafrechtspflege, SchwStr 75 (1959) pág. 56; *el mismo*, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 473; *el mismo*, Die kriminalpolitische Konzeption des AE, ZStW 80 (1968) pág. 54; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.^a ed. 1976; *F. Kaufmann*, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929; *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, 1.^a Parte, 2.^a ed. 1799; *Kohlrausch*, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; *el mismo*, Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung, Festschrift für K. Güterbock, 1910, pág. 1; *Krümpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *el mismo*, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, pág. 337; *el mismo*, Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW 99 (1987) pág. 191; *Löffler*, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895; *Mangakis*, Über die Erfolgsund Schuldhaftung als Kategorien geschichtlicher Betrachtung, ZStW 83 (1971) pág. 283; *Maurach*, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948; *M. E. Mayer*, Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901; *Mezger*, Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 (1938) pág. 675; *Mioièka*, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, 1903; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Muñoz Conde*, Über den materiellen Schuldbegriff, GA 1978, pág. 65; *Nowakowski*, Das Ausmaß der Schuld, SchwZStr 65 (1950) pág. 301; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Oehler*, Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, JR 1951, pág. 489; *Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975) pág. 539; *el mismo*, Über den Zusammenhang von Schuld und Strafe, GA 1981, pág. 481; *Peters*, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR 1949, pág. 496; *el mismo*, Die Tötung von Menschen in Notsituationen, JR 1950, pág. 742; *Pufendorf*, De jure naturae et gentium, Editio nova 1694; *Radbruch*, Über den Schuldbegriff, ZStW 24 (1904) pág. 333; *el mismo*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, pág. 105; *Rosenfeld*, Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch, ZStW 32 (1911) pág. 466; *Roxin*, Literaturbericht, ZStW 82 (1970) pág. 675; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.^a ed. 1973; *el mismo*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *el mismo*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984) pág. 641; *Rudolphi*, Affekt und

Schuld, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 199; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *el mismo*, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 81; *el mismo*, Über den axiologischen Schuldbegriff usw., Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 485; *Seelig*, Schuld, Lüge, Sexualität, 1955; *v. Weber*, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935; *Welzel*, Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60 (1941) pág. 428; *el mismo*, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951) pág. 47; *el mismo*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958; *el mismo*, Recht und Sittlichkeit, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 45; *E. Wolf*, Strafrechtliche Schuldlehre, 1928; *el mismo*, Große Rechtsdenker, 4.^a ed. 1963; *Zipf*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, JBl 1980, pág. 186.

Vid., además, la información bibliográfica antes del § 37

I. Culpabilidad jurídica y moral

1. La culpabilidad penal es una **culpabilidad jurídica y no moral**¹. La culpabilidad se refiere a normas jurídicas y el objeto de reproche viene determinado por la *ausencia de convicción jurídica*. Es cierto que los mandatos y prohibiciones impuestos por el Derecho penal coinciden ampliamente con las normas de la Moral², pero ambos constituyen órdenes que son recíprocamente independientes³; asimismo, las normas jurídicas también son vinculantes a no ser que sean percibidas por el individuo como deberes morales (vid. *supra* § 37 II 3). Para la obligatoriedad del sometimiento al Derecho es suficiente con que quienes están sujetos al mismo reconozcan que la disposición penal ha sido aprobada por los órganos constitucionales llamados a ello a través del procedimiento prescrito, y que tal Derecho deba servir a un orden justo de la vida en comunidad. Tan sólo el “injusto moldeado con forma de Ley” no alcanza su poder de vigencia y, por ello, no debe ser obedecido⁴. La culpabilidad penal es, a la vista de lo afirmado,

¹ En este sentido camina la doctrina dominante; vid. *Binding*, Normen Tomo II pág. 274; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 364 ss.; *Hold v. Ferneck*, ZStW 32 (1911) págs. 258 ss.; *Gallas*, Beiträge pág. 75; *F. Kaufmann*, Die philosophischen Grundprobleme pág. 75; *v. Hippel*, Tomo II pág. 78; *Mezger*, Lehrbuch pág. 251; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 5; *Welzel*, ZStW 63 (1951) pág. 53; *Wessels*, Allg. Teil núm. 403.

² Sin la vinculación del Derecho a la Moral se empobrecería el primero de un modo esencial, así *Engisch*, Gerechtigkeit pág. 106; vid. también *Bockertmann*, Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 259; *el mismo*, Einführung pág. 28; *Zipf*, JBl 1980, págs. 186 ss.

³ Acerca del “apoyo mutuo” entre el Derecho y la Moral *Henkel*, Rechtsphilosophie págs. 78 ss. En relación con el Derecho como “presupuesto de la posibilidad del comportamiento moral” *Welzel*, Schaffstein-Festschrift pág. 50.

⁴ *Radbruch*, SJZ 1946, pág. 107; *Jakobs*, Schuldprinzip pág. 35.

una culpabilidad jurídica al ser medida conforme a *parámetros jurídicos*. Éstos deben estar necesariamente apoyados junto con otros sobre la base de la experiencia y no pueden ponderar la culpabilidad individual con el refinamiento que le es exigido al enjuiciamiento moral de una acción (vid. en torno a la capacidad de culpabilidad *infra* § 40 I 3; acerca de la inexigibilidad *infra* § 47 II 5)⁵. Finalmente, la culpabilidad penal es también culpabilidad jurídica porque debe ser comprobada públicamente ante el *foro de los Tribunales estatales* por medio de un procedimiento reglamentado jurídicamente; en cambio, la culpabilidad moral sólo conoce el foro de la propia conciencia. No obstante, del mismo modo que el Derecho está referido a la Moral también la culpabilidad jurídica está relacionada con la culpabilidad moral. La renuncia a la relación con la Ética social seccionaría las raíces que el concepto de culpabilidad tiene arraigadas en la conciencia jurídica de la colectividad⁶.

2. Esta teoría es *atacada* en múltiples ocasiones con el argumento de que un deber vinculante en su pleno sentido y, con ello, también el deber jurídico, únicamente puede ser fundamentado de modo que el individuo lo perciba como un deber moral y lo convierta espontáneamente en una regla elegida por él que rige su propio comportamiento; únicamente tales deberes “generan un deber ser interno y no un simple deber impuesto”⁷. También el E 1962 pretendió admitir la pena sólo en la medida en que “al autor le pueda ser reprochable moralmente su actuación”⁸. Asimismo, también la jurisprudencia mostró anteriormente la inclinación de interpretar inmediatamente los deberes morales como deberes jurídicos y, de acuerdo con ello, referir la conciencia de la antijuricidad a las “normas de la ley moral” (OGH 1, 321 [337]; 2, 117 [122]; BGH 6, 46 [52 ss., 59]; 6, 147 [153])⁹. No obstante, la confusión ya superada del Derecho y la Moral llevada a cabo por Samuel Pufendorf y Christian Thomasius resulta rechazable, pues se subestima el valor propio del Derecho y la justicia y se desconocen las posibilidades limitadas de

⁵ Vid. Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 513.

⁶ Vid. Schmidhäuser, Allg. Teil págs. 371 ss. con referencias adicionales; Engisch, Gerechtigkeit págs. 82 ss.; Henkel, Rechtsphilosophie págs. 128 ss.; Arthur Kaufmann, Schuldprinzip págs. 127 ss.; Bacigalupo, Welzel-Festschrift pág. 481. Por el contrario, de acuerdo con Roxin, Allg. Teil I § 19 núm. 39 la culpabilidad penal “no es adecuada para legitimar reproches morales dirigidos al autor”; de acuerdo también Hassemer, Einführung págs. 238 ss. especialmente en pág. 242 (el Derecho penal *no* necesita “la profundización moral de la imputación subjetiva para conseguir sus objetivos”).

⁷ Así, Arthur Kaufmann, Schuldprinzip pág. 128; vid., además, Graf zu Dohna, ZStW 32 (1911) pág. 326; Oehler, JR 1951, pág. 489; Peters, JR 1949, pág. 496; *el mismo*, JR 1950, pág. 742.

⁸ E 1962, Fundamentación pág. 96.

⁹ Vid. al respecto Jescheck, SchwZStr 75(1959) págs. 66 ss.

juicio que tiene el juez. Por último, de este modo también pueden pesar las emociones sobre la comprobación de la culpabilidad, algo que resulta perjudicial para la objetividad de la sentencia judicial.

II. Las distintas etapas en el desarrollo de la teoría de la culpabilidad

1. Las raíces de la teoría de la culpabilidad residen en la Ciencia penal italiana de finales de la Edad Media y de la jurisprudencia común de los siglos XVI y XVII que se construyó sobre aquélla¹⁰. En la evolución posterior influyó sobre todo la *concepción de la culpabilidad del Derecho natural*. En este punto fue Samuel Pufendorf (1634-1694) quien creó el primer enfoque susceptible de ser desarrollado por medio del concepto de imputación (*imputatio*)¹¹. Capacidad de imputación significa que una acción *libre* pertenece a su autor (*"ad ipsum proprie pertinens"*) y, por este motivo, es considerada como base (*"causa moralis"*) de su responsabilidad. Cien años más tarde, la acción "llevada a cabo con libertad" es también para Kleinschrod¹² la "base de toda imputación". Con los hegelianos, quienes consideraban al delito como una desviación de la voluntad común personificada en la Ley que ha sido libremente elegida por la voluntad del individuo, el conjunto del sistema penal descansó sobre la imputación subjetiva¹³. Fue Binding quien introdujo a esta última en la Dogmática actual como presupuesto de la teoría vinculada al libre albedrío¹⁴.

2. Con la caída de la teoría del libre albedrío en la segunda mitad del s. XIX se hizo insostenible el concepto de culpabilidad del Derecho natural que se construyó sobre el abuso de aquélla. En su lugar entró el **concepto normativo de culpabilidad** en el que lo característico fue la adopción de la posición esencial del positivismo orientada a los hechos (vid. *supra* § 22 II 1 *in fine*)¹⁵. Se partió de la distinción entre el aspecto externo del delito y sus elementos anímicos,

¹⁰ Con más detalle sobre ello vid. *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren, 1895; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 94 ss.

¹¹ *Pufendorf*, De jure naturae et gentium Tomo I Cap.V p 3. Vid. al respecto *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs págs. 84 ss.; *Hardwig*, Die Zurechnung págs. 35 ss.; *E. Wolf*, Große Rechtsdenker pág. 345.

¹² *Kleinschrod*, Grundbegriffe pág. 109.

¹³ Vid. *Köstlin*, System pág. 128: "La voluntad maliciosa tiene su origen en la arbitrariedad. De ahí que el Derecho penal únicamente tenga que referirse a ella". Vid. más detalladamente *Hardwig*, Die Zurechnung págs. 53 ss.

¹⁴ *Binding*, Normen Tomo II págs. 270 ss. Sobre la cuestión vid. *Achenbach*, Schuldlehre págs. 27 ss.

¹⁵ Con mayor detenimiento *Achenbach*, Schuldlehre págs. 62 ss.

conformándose con caracterizar a la culpabilidad como el conjunto de relaciones psíquicas del autor con el suceso externo y renunciando así a la comprensión del contenido esencial de la culpabilidad. De este modo, la “culpabilidad es aquella relación subjetiva entre el autor y el resultado antijurídico acaecido al que está anudada la responsabilidad jurídica”¹⁶.

Sin embargo, en poco tiempo el concepto psicológico fue considerado insatisfactorio porque no suministraba ninguna información acerca de *qué* relaciones psíquicas tienen que ser consideradas penalmente relevantes y *por qué* fundamentan o, en su caso, excluyen la culpabilidad¹⁷. Y así, no podía explicarse cómo era posible que el autor, incluso cuando actúa dolosamente, esto es, cuando ha desarrollado completamente una relación psíquica con el resultado, debía ser considerado inculpable bien por ser un enfermo mental (§ 20) o bien por actuar en estado de necesidad exculpante (§ 35). Tampoco podía fundamentarse el contenido de la culpabilidad en la imprudencia inconsciente, precisamente por faltar en ella una relación psíquica con el resultado¹⁸.

3. El **concepto de culpabilidad normativo** hoy dominante (vid. *supra* § 22 III 2d) sitúa en un primer plano la *evaluación* de la relación interna del autor con su hecho. Es a través de una decisión valorativa y no por medio de criterios psicológicos, la forma en que el legislador establece qué factores pertenecen a la culpabilidad y cómo tiene que enjuiciarse la ausencia de determinados requisitos de la misma¹⁹. El primer paso en esta dirección lo dio *Frank*. Para este autor, la culpabilidad es un *juicio de valor* que tiene por objeto una situación psíquica y que encuentra su apoyo en un deber normativo. “La culpabilidad es reprochabilidad”²⁰. Posteriormente, la culpabilidad se concibió no tanto como un juicio relativo a la composición subjetiva del hecho²¹ sino, más bien, como la

¹⁶ Así, *v. Liszt*, Lehrbuch 8.^a ed. pág. 154; igualmente *Löffler*, Schuldformen pág. 5; *Mioèka*, Formen der Strafschuld pág. 102; *Kohlrausch*, Irrtum pág. 1 así como *el mismo*, Güterbock-Festschrift pág. 3; *Radbruch*, ZStW 24 (1904) págs. 333 ss. Sin embargo, desde la 18.^a ed. de su Lehrbuch pág. 163, *v. Liszt* concibió materialmente la culpabilidad como “la actitud interna antisocial del autor”, abandonando así su concepto psicológico.

¹⁷ Vid. sobre ello *Binding*, Normen Tomo II pág. 277 nota a pie núm. 22.

¹⁸ Vid. *Radbruch*, ZStW 24 (1904) págs. 338 ss., 346.

¹⁹ Vid. al respecto *Hohenleitner*, Rittler-Festschrift pág. 190; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 183 antes del § 32; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 509.

²⁰ *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs pág. 11; *el mismo*, nota preliminar núm. 11 antes del § 51. Vid. también *Beling*, Unschuld, Schuld und Schuldstufen págs. 7 ss.; además, *M. E. Mayer*, Schuldhafte Handlung pág. 106; *Hegler*, ZStW 36 (1915) págs. 184 ss. Sobre ello *Achenbach*, Schuldlehre págs. 97 ss. Mostrándose crítico con el concepto normativo de culpabilidad *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núm. 13 con vistas a su teoría de la “responsabilidad” (§ 19 núm. 3).

²¹ Vid. la conocida crítica de *Rosenfeld*, ZStW 32 (1911) pág. 469 cuando afirmaba que con

(errónea) *composición subjetiva* misma de la *voluntad de acción*²². Los elementos de la culpabilidad pueden ordenarse así de un modo convincente²³: La *capacidad de culpabilidad*, como condición previa a la formación de una voluntad de acción que se corresponda con el Derecho, viene a ser un presupuesto de la culpabilidad. La propia voluntad de acción culpable aparece en la configuración de las formas de culpabilidad: el *dolo* (conocimiento y voluntad del hecho) y la *imprudencia* (desconocimiento con posibilidad de conocer). Las *causas de exclusión de la culpabilidad* (por ejemplo, estado de necesidad o el exceso en la defensa) se explican por la anomalía de las circunstancias concurrentes. Como consecuencia de la teoría normativa de la culpabilidad fue asumida en el dolo la conciencia de la antijuricidad, puesto que la voluntad de acción no se muestra digna de reprobación en el caso de un error de prohibición²⁴. La última consecuencia del concepto normativo de la culpabilidad la extrajo *Freudenthal* con el reconocimiento de la *inexigibilidad* de un comportamiento adecuado a la norma como causa general de exclusión de la culpabilidad (vid., al respecto, *infra* § 47 II 1).

4. El concepto normativo de culpabilidad sufrió una profundización adicional a través de la *teoría de la acción finalista* puesto que, a partir de entonces, con el dolo fue alejado del contenido de la culpabilidad el último componente puramente psicológico del hecho (**concepto de culpabilidad puramente normativo**) (vid. *supra* § 22 V 3a)²⁵. Sobre la base de la teoría de la culpabilidad de *Erik Wolf*²⁶, fue ya *Graf zu Dohna* quien distinguió claramente entre la voluntad de acción como “objeto de valoración”, que fue remitido al tipo subjetivo, y la “valoración del objeto” que consiste en el enjuiciamiento de la motivación del autor²⁷.

ello “la culpabilidad de una persona se encuentra sencillamente en la cabeza de otros”. Claramente en la dirección de “una relación valorativa llevada a cabo con posterioridad por el juez” *Maurach*, *Schuld und Verantwortung* pág. 117.

²² Vid. *Goldschmidt*, *Österr. Zeitschrift für Strafrecht* 1913, pág. 161; *el mismo*, *Frank-Festgabe* Tomo I pág. 432; *Engish*, *Untersuchungen* pág. 22; *Graf zu Dohna*, *Verbrechenslehre* págs. 31 ss.

²³ Vid. el sistema de *v. Hippel*, Tomo II págs. 289 ss.; *Mezger*, *Lehrbuch* págs. 267 ss.; *Baummann/Weber*, *Allg. Teil* pág. 374; *Nowakowski*, *SchwZStr* 65 (1950) págs. 302 ss.; *el mismo*, *Das österreichische Strafrecht* págs. 446 ss. (cambiando de postura en *JBl* 1972, págs. 19 ss.)

²⁴ Vid., por ejemplo, *v. Hippel*, Tomo II pág. 276; *Mezger*, *Lehrbuch* págs. 330 ss.

²⁵ Vid. *Welzel*, *Lehrbuch* págs. 140 ss.; *el mismo*, *ZStW* 60 (1941) pág. 456; *el mismo*, *Das neue Bild* págs. 41 ss.; *Maurach/Zipf*, *Allg. Teil I* § 16 núm. 42; *Stratenwerth*, *Allg. Teil I* núm. 509. Vid., además, *Achenbach*, *Schuldlehre* págs. 209 ss. Sin embargo, tal y como en la actualidad se acepta mayoritariamente, el dolo posee una doble posición, esto es, tanto en el injusto como también en la culpabilidad (vid. *infra* § 39 IV 4).

²⁶ Vid. *E. Wolf*, *Strafrechtliche Schuldlehre* pág. 126; sobre ello vid. *Jescheck*, *E. Wolf-Festschrift* págs. 474 ss.

²⁷ *Graf zu Dohna*, *Verbrechenslehre* págs. 22 y 40.

No obstante, fue *Welzel* quien por primera vez suministra una fundamentación por sí misma concluyente de la concepción normativa de la culpabilidad, pues se valió del dolo como parte integrante de la acción y, con ello, simultáneamente, como componente del tipo de injusto, haciendo así comprensible el resultado que alcanzó *Graf zu Dohna* sobre la teoría del injusto. De acuerdo con ello, el injusto está integrado por la totalidad de las propiedades de la *voluntad de acción* que se muestran como no debidas, mientras que la culpabilidad está compuesta por el conjunto de las propiedades que hacen que tal voluntad aparezca como reprochable²⁸.

5. No obstante, el desarrollo ha dado un paso más allá de esta etapa y parece haber alcanzado un fundamento sólido²⁹. Mientras que en *Welzel* el objeto del juicio de antijuricidad y el de culpabilidad es el mismo, esto es, la valoración de la voluntad de acción de un lado como no debida y de otro como reprochable³⁰, la doctrina reciente ha logrado asegurar al juicio de culpabilidad un *objeto de referencia propio*, a saber, el hecho en atención a la **actitud interna jurídicamente errónea** del autor (actitud jurídica interna digna de reprobación) a partir de la cual se originó la resolución de cometer aquél (vid. la incorporación de la actitud interna del sujeto al catálogo de las circunstancias que sirven para determinar la pena en el § 46 II 2, segunda posición). Tal actitud interna está integrada por la totalidad de las máximas de comportamiento que sirven de base a la resolución delictiva. La actitud interna no tiene que entenderse, por tanto, como una disposición permanente del autor sino como "*inclinación actual*" ("*aktuelles Gesonnensein*") en la formación de la resolución delictiva³¹. De acuerdo con lo afirmado, la culpabilidad significa la "reprochabilidad del hecho en atención a la actitud interna desaprobada que activa su comisión" (*Gallas*). Naturalmente,

²⁸ Asimismo, v. *Weber*, Grundriß pág. 107; *el mismo*, Aufbau pág. 17 (contraposición entre "deber" y "poder"); *Busch*, Moderne Wandlungen pág. 11; *Brauneck*, GA 1959, pág. 261. Vid. también *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 210 ss.

²⁹ El texto que a continuación se reproduce sigue a *Gallas*, Beiträge págs. 55 ss. De la misma opinión también *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale pág. 178; *el mismo*, Allg. Teil págs. 148 ss., 366 ss.; *el mismo*, Gallas-Festschrift págs. 93 ss.; *el mismo*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 400 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 119 antes del § 13; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 38 antes del § 3; *Wessels*, Allg. Teil núm. 401. Críticos sobre este aspecto *Otto*, ZStW 87 (1975) pág. 581; *el mismo*, GA 1981, pág. 484; *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núms. 22 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 17/17.

³⁰ Vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 138; asimismo, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 16.

³¹ Vid. *Herren*, Die Gesinnung págs. 85 ss. ("actitud interna que resulta relevante para el hecho").

lo que se reprocha es siempre el hecho y no sólo la actitud interna³². Con todo, el reproche tan sólo está justificado en la medida en que la actitud interna del autor se manifiesta en contra del Derecho o, más exactamente, en contra de la pretensión de respeto u observación del correspondiente bien jurídico al que se dirige. De ahí que la actitud interna, en su relación con la pretensión de validez del bien jurídico protegido, es el motivo por el que en mayor o menor medida se le reprocha al autor la perpetración del hecho.

III. Concepto formal y material de la culpabilidad

1. El **concepto formal de culpabilidad** comprende a aquellos elementos del hecho que en un Ordenamiento jurídico determinado son exigidos positivamente como presupuestos para la imputación de la culpabilidad³³. Así pues, desde una perspectiva formal la culpabilidad viene determinada por la totalidad de los componentes que son considerados como requisitos para la imputación subjetiva en un *concreto sistema penal histórico*.

2. Por el contrario, en el **concepto material de culpabilidad** se trata de determinar bajo qué condiciones aparece justificado apoyar la imputación subjetiva sobre una determinada actitud interna³⁴. El concepto material de culpabilidad puede ser estructurado de acuerdo con las exigencias de la Ética³⁵ o de la seguridad pública³⁶, conforme a la particularidad del control de los impulsos por la persona³⁷ o al fin de la pena³⁸ y, en este último caso, particularmente en relación con la prevención general³⁹. El concepto material de culpabilidad permite tomar la decisión de sobre qué elementos del hecho o del autor puede basar el *legislador* el juicio de culpabilidad. De acuerdo con la concepción aquí sostenida, el juicio de culpabilidad descansa materialmente sobre la infracción de la pretensión de observancia del bien jurídico protegido por la norma penal (vid. *supra* § 38 II 5).

³² Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 369 en conexión con la pág. 39; de forma similar, Jakobs, Allg. Teil 17/51.

³³ Sobre la cuestión en su conjunto vid. Engisch, Untersuchungen págs. 38 ss.

³⁴ Al respecto vid. Mangakis, ZStW 83 (1971) págs. 290 ss.

³⁵ Así, Arthur Kaufmann, Schuldprinzip pág. 129; Baumann, JZ 1962, pág. 43.

³⁶ Así, v. Liszt/Schmidt, pág. 231: "disposición interna asocial del autor como síntoma de peligrosidad"; vid. también Grünhut, Aschaffenburg-Festgabe pág. 95: "peligrosidad como momento de la culpabilidad".

³⁷ Así Welzel, Lehrbuch pág. 144.

³⁸ Así, Roxin, Kriminalpolitik págs. 33 ss.; *el mismo*, Henkel-Festschrift págs. 181 ss.; *el mismo*, ZStW 96 (1984) págs. 653 ss.; Muñoz Conde, GA 1978, págs. 73 ss.

³⁹ Así, Jakobs, Allg. Teil 17/22; Achenbach, Individuelle Zurechnung págs. 140 ss.

IV. Culpabilidad por el hecho individual y culpabilidad por el modo de vida

1. La culpabilidad o se refiere al *hecho individual* o al *modo de vida* (culpabilidad del autor, de la personalidad o del carácter). En la primera, tan sólo son considerados factores jurídicamente reprobables de la actitud interna aquellos que están vinculados con la acción típica. Por el contrario, en la segunda el juicio de culpabilidad se extiende al conjunto de la personalidad del autor y a su desarrollo. El concepto de culpabilidad del Derecho penal alemán está referido esencialmente a la **culpabilidad por el hecho individual**, algo que ya se derivaba de una decisión a favor del Derecho penal del hecho (vid. *supra* § 7 III 2). El injusto al que se dirige el reproche de culpabilidad consiste en la comisión de un hecho concreto o en la omisión de una acción determinada impuesta por el Ordenamiento jurídico y no, por el contrario, en un modo de vida jurídicamente desaprobado. A ello se añade se añade la consideración de carácter práctico consistente en que con los medios del Derecho procesal penal vigente sería imposible esclarecer la trayectoria vital del acusado con sus frecuentes y profundas conexiones anímicas. Además, también existiría el peligro de que la indagación sobre su personalidad condujera tanto a un sacrificio de la esfera íntima del acusado en la Sala que no se correspondiera con la importancia de la causa penal, como a una jurisprudencia doctrinaria y moralizante (en contra, con acierto, OLG Hamm GA 1969, pág. 26) algo que, tanto en uno como en otro caso, ni estaría al servicio de la justicia ni tampoco al de la reinserción del reo en la comunidad. Finalmente, la culpabilidad individual es la que mejor se corresponde con la idea de una pena retributiva del hecho que, por motivos derivados del Estado de Derecho, se refiere a un aspecto estrechamente delimitado de la vida del autor y no está pensada como un intento de rendición global de cuentas. También el StGB determina la pena sobre la base exclusiva de la culpabilidad individual (§ 46)⁴⁰.

2. De ahí, por tanto, que el pensamiento de la **culpabilidad por el modo de vida**⁴¹, que en anteriores discusiones ha desempeñado un importante pa-

⁴⁰ Vid. *Binding*, Normen Tomo II pág. 283; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 359; *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 538 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 13; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 65; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip págs. 187 ss.; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens pág. 62; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 373; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 105 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 3 antes del § 19; *Wessels*, Allg. Teil núm. 402. Crítico al respecto *Jakobs*, Allg. Teil 17/34 ss.

⁴¹ La denominación procede de *Mezger*, ZStW 57 (1938) pág. 689. *Bockelmann*, Täterstrafrecht 2.^a Parte pág. 153 habla de culpabilidad de la *decisión* de vida para subrayar el contenido de la culpabilidad volitiva.

pel ⁴², haya pasado actualmente a un segundo plano. De todas formas, sigue subsistiendo la idea de que en la mayoría de las ocasiones la culpabilidad por el hecho no puede ser explicada tan sólo a partir de las circunstancias concurrentes en el momento del hecho, sino que la actual actitud interna del autor se encuentra estrechamente conectada con su trayectoria vital⁴³. De ahí que la jurisprudencia en repetidas ocasiones también haya recurrido a los antecedentes del autor en el enjuiciamiento de los factores concretos de su culpabilidad; así sucede, por ejemplo, en relación con la cuestión de si el autor habría podido evitar un error de prohibición (vid. BGH 2, 194 [208 ss.])⁴⁴ o si estaba en situación de dominar el arrebato (vid. BGH NStZ 1984, pág. 311)⁴⁵. También en los principios que rigen la determinación de la pena del § 46 II se menciona el “pasado anterior del autor” como una circunstancia significativa⁴⁶.

§ 39 Delimitación, contenido y estructura de la culpabilidad

Achenbach, Individuelle Zurechnung usw., en: *Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 135; *Cerezo Mir*, Culpabilidad y pena, en: Problemas fundamentales del Derecho Penal, 1982, págs. 179 ss.; *Dreher*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 207; *Freudenthal*,

⁴² Vid. *Engisch*, ZStW 61 (1942) págs. 170 ss.; *el mismo*, ZStW 66 (1954) pág. 359; *Heinitz*, ZStW 63 (1951) págs. 74 ss.; *Hall*, ZStW 70 (1958) págs. 46 ss.; *Mezger*, Moderne Wege págs. 35 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 426; *Dünnebier*, Tagungsberichte Tomo I p.94. En contra, *Roxin*, Allg. Teil I § 6 núm. 20, § 19 núm. 54.

⁴³ En este sentido, BGH NJW 1976, pág. 2220; además, sobre todo, *Bockelmann*, Untersuchungen págs. 12 ss.; *Bockelmann/Volk* Allg. Teil pág. 238; *Brauneck*, MSchrKrim 1958, págs. 142 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 17/34 ss.; *LK* (11.^a) (*Jescheck*) nota preliminar núm. 75 antes del § 13; *LK* (9.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 158 antes del § 51; *Seelig*, Schuld pág. 25; *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre pág. 144; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 106 antes del § 13; *SK* (*Rudolphi*) nota preliminar núm. 4 antes del § 19.

⁴⁴ Vid. *SK* (*Rudolphi*) § 17 núms. 44 ss.; mostrándose crítico *LK* (11.^a) (*Schroeder*) § 17 núm. 47.

⁴⁵ Sobre ello vid. *LK* (11.^a) (*Jähnke*) § 20 núms. 60 ss.; *Geilen*, Maurach-Festschrift págs. 173 ss.; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift págs. 338 ss.; *el mismo*, GA 1983, págs. 354 ss.; *el mismo*, ZStW 99 (1987) págs. 221 ss.; *Rudolphi*, Henkel-Festschrift págs. 199 ss.

⁴⁶ Como circunstancia agravante de la pena entra en consideración la “vida pasada” del autor, especialmente en lo que se refiere a la criminalidad anterior del autor, aunque esto último sólo en la medida en que esté relacionado con el hecho objeto de enjuiciamiento; así, BGH StV 1988, pág. 148; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núms. 30 ss. con referencias adicionales. Vid. también *Stratenwerth*, Tatschuld págs. 28 ss.

Schuld und Vorwurf, 1922; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Goldschmidt*, Normativer Schuld-begriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Greenawalt*, The Perplexing Borders of Justification and Excuse, en: *Eser/Fletcher* (ed.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo I, 1987, pág. 263; *Haftke*, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978 pág. 33; *Hardwig* Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68 (1956) pág. 14; *el mismo*, Über die unterschiedlichen Unrechtsgehalte und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld, JZ 1969, pág. 459; *el mismo*, Grundprobleme der Allgemeinen Strafrechtslehre, 1984; *Heinitz*, Besprechung von Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, JR 1957, pág. 78; *Hirsch*, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, ZStW 94 (1982) pág. 239; *Husak*, The Social View of Criminal Law Defences, Criminal Law Forum 3 (1992) pág. 369; *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *Jescheck*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, ZStW 73 (1961) pág. 179; *el mismo*, Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des E 1962, ZStW 75 (1963) pág. 1; *el mismo*, Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 365; *el mismo*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, ZStW 98 (1986) pág. 1; *el mismo*, Friedrich Nowakowski als Strafrechtsdogmatiker und Kriminalpolitiker, ZStW 103 (1991) pág. 999; *Kadečka*, Von der Schädlichkeit zur Schuld usw., SchwZStr 50 (1936) pág. 343; *el mismo*, Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW 59 (1940) pág. 1; *Kantorowicz*, Tat und Schuld, 1933; *Arthur Kaufmann*, Das Schuldprinzip, 2.^a ed. 1976; *Kohlrausch*, Sollen und Können, Festgabe für K. Güterbock, 1910, pág. 1; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des E 1925, en: *Aschrott/Kohlrausch* (eds.), Reform des Strafrechts, 1926, pág. 1; *Krümpelmann*, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975) pág. 888; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit usw., ZStW 88 (1976) pág. 6; *Lackner*, Prävention und Schuldunfähigkeit, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 245; *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *Lange*, Literaturbericht, ZStW 63 (1951) pág. 456; *el mismo*, Grundfragen der deutschen Strafrechtsreform, SchwZStr 70 (1955) pág. 373; *Lang-Hinrichsen*, Betrachtungen zur Strafrechtsreform, en: Grundfragen der Strafrechtsreform, 1959, pág. 53; *Mangakis*, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 (1963) pág. 499; *Nowakowski*, Freiheit, Schuld, Vergeltung, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 55; *Robinson*, Criminal Law Defenses, Tomo I, II, 1984; *Roeder*, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.^a ed. 1973; *el mismo*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *Schaffstein*, Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, 1934; *el mismo*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935; *el mismo*, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 57 (1938) pág. 295; *Schmoller*, Zur Argumentation mit Maßstabfiguren, JBl 1990, págs. 631, 706; *Schreiber*, Rechtliche Verantwortlichkeit und Schuld, en: *Thomas* (ed.), Schuld: Zusammenhänge und Hintergründe, 1990, pág. 61; *Schünemann*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft usw., GA 1985, pág. 341;

Welzel, Das Gesinnungsmoment im Recht, Festschrift für J. v. Gierke, 1950, pág. 290; Wolter, Objektive und personale Zurechnung usw., 1981; Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987.

Vid., además, la bibliografía anterior a los §§ 37, 38

I. Antijuricidad y culpabilidad

1. La **separación entre antijuricidad y culpabilidad** se remonta a la distinción que se hacía en la Ciencia penal del Derecho común entre imputación objetiva y subjetiva (*imputatio physica* o *facti* e *imputatio moralis* o *juris*)¹. A pesar de todos los cambios que se han sucedido en la historia de la Dogmática, dicha separación ha perdurado esencialmente desde entonces y debe ser caracterizada como **la piedra angular de la teoría del delito**. También se acepta hoy generalizadamente que el examen de la antijuricidad ha de *preceder* al de la culpabilidad². El análisis de la antijuricidad significa que es indagada la *corrección objetiva* de un hecho (su coincidencia con las normas de deber del Ordenamiento jurídico) desde el punto de vista de la acción y del resultado. El injusto significa, pues, que el hecho, tanto en sus elementos objetivos como subjetivos, contradice al Derecho. El examen de la culpabilidad consiste en preguntarse si un hecho puede ser *personalmente reprochable* al autor³. Según ello, el autor actúa culpablemente cuando la formación de su voluntad, que le ha conducido a la comisión del hecho antijurídico, descansa sobre una actitud interna deficiente (vid. *supra* § 38 II 5).

2. Son poco frecuentes las tesis que se desvían de la separación entre el injusto y la culpabilidad. En su momento, la posibilidad de diferenciar entre la antijuricidad y la culpabilidad fue puesta en duda por Schaffstein⁴ y, posteriormente también, por Hard-

¹ Ciertamente que la "imputatio physica" no significaba la antijuricidad (puesto que esta última tan sólo fue reconocida como un elemento autónomo del delito mucho tiempo después, vid. *supra* § 22 I), sino la imputación del hecho como obra de la voluntad del autor. Pero éste es precisamente el núcleo de lo que en la actualidad se denomina imputación objetiva dentro del marco de la teoría del injusto; acerca de los dos conceptos de "imputatio" Schaffstein, Die allgemeine Lehren pág. 37.

² Vid. SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 2 antes del § 19; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 20 antes del § 13.

³ A ello se añade incorrectamente el "poder evitarlo"; así, Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núms. 193, 118 antes del § 13; LK (11.ª) (Hirsch) nota preliminar núm. 182 antes del § 32; Arthur Kaufmann, Schuldprinzip págs. 115 ss.; Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 507; Welzel, Lehrbuch pág. 120.

⁴ Schaffstein, Problematik pág. 31; *el mismo*, Verbrechen als Pflichtverletzung pág. 137; *el mismo*, ZStW 57 (1938) págs. 326 ss.

wig⁵. H. Mayer⁶ tampoco admitía la separación entre antijuricidad y culpabilidad en la medida en que, para él, un hecho en el que el autor actuaba sin culpabilidad no podía ser considerado como una objetivación de la voluntad y, por ende, como un injusto. Kantorowicz no consideró a la culpabilidad como un elemento del delito sino como una condición de la punibilidad⁷. Con anterioridad, la concepción subjetiva del delito en Austria aceptó la existencia de un delito culpable sin antijuricidad (por ejemplo, en la tentativa)⁸. Actualmente, al igual que en Alemania, la antijuricidad y la culpabilidad se entienden como presupuestos necesarios de la punibilidad y son internamente diferenciados⁹. Además, Austria ha plasmado en el § 4 StGB el principio de “no hay pena sin culpabilidad”. También en el StGB suizo rigen el principio de culpabilidad y la separación entre injusto y culpabilidad como fundamentos del sistema¹⁰. Por el contrario, en la doctrina penal francesa y anglo-americana está ausente un desarrollo de la teoría del injusto similar al llevado a cabo por la Dogmática alemana más moderna¹¹. Por otra parte, en la doctrina italiana¹² y española¹³ es inconfundible la influencia de la doctrina alemana. En los Países Bajos la distinción entre antijuricidad y culpabilidad llevada a cabo por Pompe¹⁴ se sigue conectando con el aspecto objetivo y subjetivo del hecho, mientras

⁵ Hardwig, Zurechnung pág. 132. Con otra opinión, sin embargo, y de modo similar a la opinión aquí expuesta el mismo, JZ 1969, págs. 461 ss., así como en Grundprobleme págs. 6 ss.

⁶ H. Mayer, Lehrbuch pág. 105; el mismo, Grundriß pág. 64.

⁷ Kantorowicz, Tat und Schuld págs. 219 ss.

⁸ En este sentido vid. Kadečka, ZStW 59 (1940) págs. 17 ss.; Nowakowski, Grundriß pág. 42 (renunciando a tal planteamiento en JBl 1972, pág. 22). Sobre ello Jescheck, ZStW 73 (1961) pág. 207.

⁹ Vid. Triffterer, Allg. Teil págs. 247 ss.; Kienappfel, Grundriß Z 14 núm. 17; Leukauff/Steininger, § 4 núm. 2; WK (Nowakowski) nota preliminar núms. 13, 36 antes del § 3.

¹⁰ Vid. Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I pág. 234; Schultz, Einführung I pág. 180; Noll/Trechsel, Allg. Teil I págs. 103, 129.

¹¹ Digna de mención es, sin embargo, la distinción general de las causas de “justification” y de “excuse” que lleva a cabo Robinson, Criminal Law Defenses Tomo I págs. 83 y 91. El tradicional posicionamiento escéptico sobre la cuestión lo manifiesta Greenawalt, The Perplexing Borders págs. 263 ss.; Husak, Criminal Law Forum 3 (1992) pág. 369. Por el contrario, en Derecho belga tiene lugar una clara diferenciación entre el injusto y la culpabilidad como presupuestos de la punibilidad; vid. Dupont/Verstraeten, Handboek núm. 396; Hennau/Verhaegen, Droit pénal général núm. 327.

¹² Vid. Bettiol/Pettoello Mantovani, Diritto penale págs. 239 ss.; distinguen también como dos juicios de valor entre la “antigiuridicità” y “colpevolezza” Nuvolone, Sistema págs. 108, 265 y Mantovani, Diritto penale págs. 140, 295 ss.

¹³ Vid. Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, Derecho penal págs. 404 ss., 429 ss.; Mir Puig, Adiciones Tomo I pág. 593; Cobo del Rosal/Vives Antón, Derecho Penal págs. 231 ss., 411 ss.; Cerezo Mir, Culpabilidad y pena págs. 179 ss.

¹⁴ Vid. Pompe, Handboek pág. 99. El propio Pompe, Das niederländische Strafrecht págs. 62 ss., 74 ss. ya ha abandonado esa concepción.

que *van Bemmelen/van Veen*¹⁵ y *Remmelink*¹⁶ proceden a una exposición de la teoría del delito similar a la concepción alemana.

II. El objeto del juicio de culpabilidad

1. El objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico en atención a la actualización que en éste opera de una actitud interna jurídicamente desaprobada¹⁷. La *actitud interna respetuosa con el Derecho* constituye una cualidad indispensable del ciudadano para la conservación efectiva del orden social¹⁸. No es equivalente a la disposición moral interna en la medida en que en aquélla no se trata de una vinculación ética derivada de las normas jurídicas, sino de la comprensión de lo que supone su vigencia. La culpabilidad es una deficiencia de la actitud interna frente al Derecho digna de reprobación expresada a través de una acción típica y antijurídica. Tal deficiencia puede concurrir en mayor o menor medida, por lo que el criterio para determinar un valor superior o inferior de los motivos viene suministrado por la formación de la voluntad. De ahí que la culpabilidad, al igual que el injusto, sea un concepto susceptible de graduación. En la deficiencia desaprobada de la actitud interna reside el punto de referencia al que se dirigen los distintos elementos del concepto de culpabilidad y a partir del cual tienen que ser comprendidos estos últimos.

Ejemplos: Ciertamente, en el delincuente enfermo mental está ausente la actitud interna respetuosa con el Derecho pero, sin embargo, esta deficiencia no merece reprobación puesto que descansa sobre una anomalía psíquica. En el error de prohibición ello depende de si la falta de conciencia del injusto se debe a proposiciones fundamentales del Derecho natural (*delicta mere prohibita*) que cualquiera debe conocer, de si el autor obvió intencionadamente o de modo negligente la información necesaria y, finalmente, de si el error era invencible. En la obediencia debida el soldado es disculpable cuando la antijuricidad penal del hecho no es manifiesta, porque entonces no ha tenido ningún motivo para oponer objeciones.

2. Básicamente, la concepción de que el objeto del juicio de culpabilidad consiste en la ausencia de una actitud jurídica interna no se diferencia de otras teorías, según las cuales, la culpabilidad hay que buscarla en la "motivación"¹⁹, en el "poder" ("Können")

¹⁵ *van Bemmelen/van Veen*, *Ons strafrecht* págs. 99, 133.

¹⁶ *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, *Inleiding* págs. 191 ss.

¹⁷ Vid. *supra* § 38 II 5 nota a pie núm. 29.

¹⁸ Vid. *Henkel*, *Rechtsphilosophie* pág. 82; *Welzel*, v. *Gierke-Festschrift* págs. 296 ss.

¹⁹ Así, *Engisch*, *Untersuchungen* pág. 476; *Krümpelmann*, *ZStW* 87 (1975) pág. 890; *Jakobs*, *Allg. Teil* 17/1.

de la formación de la voluntad”²⁰ o en la “expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor”²¹, puesto que todas estas deficiencias sólo son imaginables sobre la base de una disposición frente al Derecho de carácter reprochable. En un sentido amplio, la totalidad de las formulaciones llevadas a cabo en la nueva literatura científica que describen un concepto material de culpabilidad²² son compatibles con la concepción aquí defendida. Una excepción viene a ser la “teoría político-criminal” de *Roxin*²³. Ésta se cuestiona “si bajo puntos de vista jurídico-penales es necesaria una sanción frente al autor individual”. La culpabilidad sería sólo la barrera del poder punitivo estatal y materialmente nada más que una “actuación injusta a pesar de una capacidad de reacción normativa”²⁴. Sin embargo, lo que resulta decisivo es si la pena resulta *merecida*; de acuerdo con ello la culpabilidad es un presupuesto y no sólo un límite de la pena²⁵. Un paso más allá da *Jakobs*²⁶ que considera a la “culpabilidad como un derivado de la prevención general”, así como *Achenbach*²⁷ quien pretende “renunciar al concepto de culpabilidad como fundamento de la pena”. Asimismo, ha pasado a un segundo plano la teoría de la “exigibilidad” como base material del reproche de culpabilidad²⁸.

III. La medida del juicio de culpabilidad

1. Como criterio para la valoración de la ausencia en el hecho de una actitud interna favorable a la norma, se tiene en cuenta tanto una escala individual como

²⁰ Así, *Welzel*, Lehrbuch págs. 140 ss.

²¹ Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 173.

²² Para *Mezger*, Lehrbuch pág. 275 la culpabilidad es la “expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor”; para *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núm. 16 la “apostasía del autor del mandato normativo”; para *Lange* SchwZStr 70 (1955) pág. 394 es el “reproche de un esfuerzo ético-social deficiente”; para *Armin Kaufmann* Schuldprinzip pág. 129 es “una decisión autoresponsable de la voluntad frente a un deber reconocido”; para *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 148 es “un comportamiento espiritual lesivo del bien jurídico”; para *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 511 es “la posibilidad de reconocer la exigencia jurídica de deber y de adaptarse a ella”.

²³ Vid. *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem págs. 33 ss.; *el mismo*, Henkel-Festschrift págs. 181 ss.; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift pág. 284: culpabilidad “como condición necesaria pero no suficiente para una imputación”.

²⁴ Vid. *Roxin*, MschrKrim 1973, págs. 319 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 19 núm. 34.

²⁵ Así, *Arthur Kaufmann*, JZ 1967, pág. 555; *Lenckner*, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit pág. 18.

²⁶ *Jakobs*, Schuld und Prävention pág. 32; *el mismo*, Allg. Teil 17/22: el concepto de culpabilidad se configura “de acuerdo con las exigencias de la finalidad de la pena para una sociedad con una Constitución determinada”.

²⁷ *Achenbach*, Individuelle Zurechnung pág. 151.

²⁸ Así, *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf 1922; *Goldschmidt*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 442.

también otra de naturaleza social-comparativa. En repetidas ocasiones se admite que el reproche culpabilístico se funda sobre el **“poder evitarlo” individual** del autor²⁹. Con ello se pregunta si la persona en concreto que se encuentra como acusado ante el tribunal habría estado en situación de hacer algo distinto, esto es, actuar conforme a las exigencias del Ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta pregunta no puede ser contestada pues ello supondría que para un individuo determinado y un hecho concreto podría ser probada la existencia del libre albedrío (vid. *supra* § 37 I 2b). Más bien, la cuestión sólo puede ser planteada razonablemente en el sentido de preguntarse si, de acuerdo con la experiencia acumulada de las disciplinas implicadas en el hecho, **“otra persona”** en la situación del autor habría podido resistirse a la tentación delictiva (escala social-comparativa)³⁰.

Si quisiéramos tomar al propio autor individual como escala de su culpabilidad el resultado tampoco sería político-criminalmente defendible. Esto traería como consecuencia, por ejemplo, que cuanto menos carácter tuviera alguien más pequeña sería la medida de su culpabilidad a evaluar. Esta consideración debería conducir, en fin, a la eliminación del reproche de culpabilidad precisamente frente a los delincuentes más peligrosos, porque la inexistencia absoluta de una vinculación con la comunidad forzaría la negación, también absoluta, del reproche en cuestión; de ello resulta que el Ordenamiento jurídico no puede evitar en modo alguno exigir un límite mínimo en el esfuerzo volitivo, dado que generalmente aquél deber ser sostenido por medio de las normas (en lugar del empleo de la coacción inmediata). La comunidad no puede conformarse con que el autor, en la realización del hecho, sea evaluado según sus propios parámetros. La individualidad del delincuente no impide al Derecho penal exigir también de él lo que otro habría hecho en la misma situación. En ello reside precisamente el aspecto normativo de la imputación subjetiva.

2. De acuerdo con lo afirmado, la **medida para el juicio de culpabilidad** sólo puede venir suministrada por la **capacidad del hombre medio** (**“durchschnittliches Können”**)³¹ tal y como presupone el Ordenamiento jurídico puesto

²⁹ Así, por ejemplo, *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf pág. 7; *Lang-Hinrichsen*, Grundfragen págs. 116 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 12; *v. Weber*, Grundriß pág. 108; *Wegner*, Strafrecht pág. 145; *Welzel*, Lehrbuch págs. 140 ss.

³⁰ Vid. *Jescheck*, ZStW 75 (1963) pág. 10; *LK* (11.^a) (*Jescheck*) nota preliminar núm. 74 antes del § 13; *Lackner*, Kleinknecht-Festschrift pág. 265.

³¹ Vid. *Kohlrausch*, Güterbock-Festgabe págs. 24 ss.; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des E 1925 pág. 26; *Goldschmidt*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 453; *Kadečka*, SchwZStr 50 (1936) pág. 363; *Bokkermann/Volk*, Allg. Teil págs. 110 ss.; *Blei*, Allg. Teil págs. 178 ss.; *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976) pág. 12; *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 282; *LK* (10.^a) (*Lange*) §§ 20, 21 núm. 6; *Mangakis*, ZStW 75 (1963) pág. 519; *SK* (*Rudolphi*) § 20 núm. 25; *Haffke*, GA 1978, pág. 45; *Schreiber*, Rechtliche Verantwortlichkeit und Schuld págs. 61, 65; *Miočeka*, Strafschuld pág. 169;

que, por ejemplo, mientras la incapacidad de culpabilidad (§ 20) está conectada con excepcionales situaciones psico-patológicas firmemente delimitadas, en todos los otros casos de alteraciones mentales sí se afirma la existencia de tal capacidad. No obstante, este criterio no debe ser entendido en el sentido de un promedio estadístico sino tan sólo en el de una conducta esperada por la comunidad jurídica en condiciones normales. El interrogante del juez debe ir dirigido, por tanto, a si “se” podría haber actuado de otro modo. Pero ello no está referido a la persona sin más (“el género humano, con la única excepción del autor”³²), sino a “**una persona a medida vinculada con los valores jurídicamente protegidos**”³³ que por su edad, sexo, profesión, cualidades corporales, capacidades intelectuales y experiencia vital, sea comparable con el autor. De este modo no se convierte la capacidad general del hombre medio en una escala para la aptitud individual del autor, sino que se decide en el caso concreto acerca de la capacidad de autocontrol de acuerdo con la experiencia obtenida en supuestos similares. La delimitación entre las propiedades que son tenidas en cuenta en la equiparación y las que tienen que separarse de ella tiene que llevarse a cabo del siguiente modo: los defectos corporales y de comprensión, así como las deficiencias en la experiencia vital, no son imputables al autor pues éste no puede hacer nada al respecto; en estos aspectos, pues, resulta equiparable al hombre medio. En cambio, lo que sí integra su culpabilidad y es objeto de reprobación al autor es, precisamente, el mantenerse alejado de la actitud interna favorable al Derecho y de la fuerza de voluntad que se espera por parte de un ciudadano a medida. Las posibilidades que, en virtud de las cualidades morales del “otro”, habrían estado a disposición de “éste” (el autor) en la concreta situación de hecho, no pueden ser concebidas como injusto puesto que la responsabilidad de una persona adulta y mentalmente sana constituye una condición previa imprescindible para todo orden social fundamentado sobre la libertad (vid. *supra* § 37 I 3).

Nowakowski, SchwZStr 65 (1950) pág. 308; *el mismo*, Grundrig págs. 67 ss.; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 46 antes del § 3. También deben mencionarse aquí a *Engisch*, Willensfreiheit pág. 65 y *Rittler*, Tomo I pág. 160, a pesar de que el reproche de culpabilidad que estos autores elaboran se apoya sobre el carácter del autor. En contra de una escala social-comparativa del juicio de culpabilidad *Roxin*, Allg. Teil I § 19 núm. 20.

³² En este sentido camina, sin embargo, la formulación exagerada de *Graf zu Dohna* ZStW 66 (1954) pág. 508; en contra, acertadamente, *Engisch*, Willensfreiheit pág. 22.

³³ En esta dirección se pronuncia la fórmula de *Nowakowski*, Grundriß pág. 67 así como *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 47 antes del § 3; vid. también, *el mismo*, Rittler-Festschrift pág. 70 y JBl 1972, pág. 29. La misma ha sido acogida por los §§ 10 I, 32 II österr. STGB y por la österr. OGH SSt 29, 83 (pág. 263). En contra, sin embargo, de las figuras ideales *Schmoller*, JBl 1990, págs. 631 ss. Valorando la situación de la doctrina austríaca en este punto *Jescheck*, Lange-Festschrift pág. 374; *el mismo*, ZStW 103 (1991) pág. 1008.

IV. Los elementos que integran el concepto de culpabilidad (la culpabilidad como fundamento de la pena)

1. El juicio de desvalor acerca de la actitud jurídica interna del autor no opera globalmente sobre la base del conjunto de la personalidad de aquél, sino que se apoya en el análisis de los **elementos de la culpabilidad** determinados legalmente. Por una parte, ahí reside una garantía para el acusado derivada del Estado de Derecho pues sencillamente no se abandona a la discrecionalidad del juez las condiciones bajo las cuales puede formular el reproche de culpabilidad; por otra parte, en cambio, también se asienta una relativa severidad del Derecho penal ya que los elementos de la culpabilidad son concebidos *negativamente* (como causas de exclusión de la culpabilidad), y ello conduce a que deba ser afirmado tal reproche si en el caso concreto no concurren puntos de apoyo para su exclusión.

2. El primer elemento que integra el concepto de culpabilidad es la *salud psíquico-espiritual* del autor adulto (capacidad de culpabilidad) (vid. *infra* § 40)³⁴. En caso de graves estados carenciales o de importantes alteraciones, la falta de una actitud interna respetuosa con el Derecho no resulta reprochable porque en tales supuestos se encuentra ausente en el autor la capacidad de autodeterminación que normalmente se le presupone. El segundo elemento de la culpabilidad, que es el que verdaderamente caracteriza la carencia de una disposición interna acorde con la norma, viene constituido la *conciencia de la antijuricidad* (vid. *infra* § 41 I). Quien con pleno *conocimiento* de la antijuricidad adopta la resolución delictiva evidencia una postura frente al Derecho digna de una especial desaprobación. Por el contrario, si existe un *error* de prohibición no se puede reprobar al autor si aquél fue invencible. No obstante, el desconocimiento del mandato normativo puede descansar sobre una carencia reprochable de la actitud interna adecuada a Derecho, lo que trae por consecuencia que, hasta cierto punto, el error de prohibición vencible sea equiparado a una sublevación consciente frente al Derecho (vid. *infra* § 41 II 2 y III 1). Asimismo, la culpabilidad puede verse incrementada o disminuida *a través de elementos especiales típicamente delictivos de la culpabilidad* que caracterizan más detalladamente la disposición al hecho por parte del autor (vid. *infra* § 42)³⁵. Finalmente, el reproche culpabilístico presupone la “norma-

³⁴ Vid., asimismo, la ordenación de los elementos de la culpabilidad bajo dos puntos de vista: “la posibilidad de comprensión del injusto” (elemento intelectual de la culpabilidad) y “la posibilidad de comportarse conforme a la comprensión del injusto” (elemento volitivo de la culpabilidad) en LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núm. 187 antes del § 32.

³⁵ Asimismo, WK (Nowakowski) nota preliminar núm. 53 antes del § 3. En contra de la formación de un “tipo de la culpabilidad” específico comprensivo de aquellos elementos de la

lidad de la circunstancias que acompañan al hecho". Si concurren determinadas situaciones excepcionales previstas por la Ley que, de acuerdo con la experiencia, menoscaban considerablemente la capacidad de autodeterminación conforme a la norma, entonces el autor queda exculpado debido a que la especial situación de constreñimiento durante la comisión de la acción relativiza la ausencia de una actitud interna ajustada a Derecho (vid. *infra* § 44-47).

3. Prescindiendo de estos elementos autónomos del concepto de culpabilidad, **el contenido de reprochabilidad del hecho también está determinado por la magnitud de su injusto**, pues al autor se le declara culpable por la *formación de su voluntad en relación al hecho cometido*. Como el injusto es un presupuesto de la culpabilidad y ésta siempre debe ir referida a aquél, cualquier modificación en el ámbito del primero repercute mediatamente sobre la gravedad del reproche de culpabilidad³⁶. También el *dolo*, como elemento subjetivo general del injusto, integra simultáneamente el objeto del reproche culpabilístico puesto que la circunstancia de que el autor haya actuado dolosa o imprudentemente no es algo que sólo marque una diferencia en el contenido de injusto del hecho, sino también en el de la culpabilidad por el mismo (vid. *supra* § 24 III 5).

4. Pero, más allá de lo afirmado, el **dolo** es también un **elemento autónomo de la culpabilidad** (doble posición del dolo). La resolución delictiva, como resultado del proceso de formación de la voluntad, acumula para sí todos las determinaciones del ámbito psíquico del autor de modo que a tal resolución, como "portadora del desvalor de la disposición interna" para el enjuiciamiento del contenido de culpabilidad del hecho, le corresponde un significado autónomo junto al dolo como "portador del sentido de la acción"³⁷. Con carácter general la comprobación del dolo como portador del injusto personal del hecho resulta

misma que se refieran concretamente al delito LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núm. 107 *in fine* antes del § 32; Jakobs, Allg. Teil 17/44.

³⁶ Vid. Gallas, Beiträge pág. 44; Jakobs, Allg. Teil 17/47; Welzel, Lehrbuch pág. 165; Roxin, ZStW 82 (1970) pág. 691; SK (Rudolphi) nota preliminar núm. 2 antes del § 19.

³⁷ La teoría de la doble posición del dolo se ha impuesto ampliamente en adhesión a la postura de Gallas, Beiträge págs. 56 ss. nota a pie núm. 89; *el mismo*, Bockelmann-Festschrift pág. 170; Dreher, Heinitz-Festschrift págs. 224 ss.; Hünerfeld, ZStW 93 (1981) pág. 1000; Lackner, § 15 núm. 34; Jescheck, ZStW 98 (1986) págs. 11 ss.; LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núm. 184 antes del § 32; Hirsch, ZStW 94 (1982) pág. 263; Haft, Allg. Teil pág. 145; Lampe, Das personale Unrecht pág. 234; Moos, ZStW 93 (1981) pág. 1032; Roxin, Kriminalpolitik págs. 42 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 12 núm. 26, § 10 núm. 69; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 120 antes del § 13; SK (Rudolphi) § 16 núm. 3; WK (Nowakowski) nota preliminar núm. 1 antes del § 3; Schönemann, GA 1985, págs. 361 ss.; Wessels, Allg. Teil núms. 142, 425; Wolter, Zurechnung pág. 152; Ziegert, Vorsatz págs. 137 ss.

también suficiente para la caracterización de la actitud jurídica interna del autor. Excepcionalmente, sin embargo, puede *negarse* que el dolo exprese el desvalor de tal disposición interna a pesar de que sí lo haga en relación con la voluntad de acción (así sucede en la aceptación errónea de una causa de justificación, vid. *infra* § 41 IV 1d; en la actio libera in causa, vid. *infra* § 40 VI 2; en el error de prohibición en el ámbito de las infracciones administrativas, vid. *infra* § 41 II 2c). Sólo en los *hechos imprudentes* es siempre necesario llevar a cabo en el marco de la culpabilidad un análisis especial cuyo objeto es saber tanto si al autor le resulta reprochable la infracción objetiva del deber de cuidado de acuerdo con sus aptitudes personales, como si el resultado producido fue previsible para él (vid. *infra* § 57 II y III). En su calidad de portador del desvalor de la actitud interna, el dolo también interviene como elemento *positivo* en la estructura del dolo eventual (vid. *supra* § 29 III 3a).

En relación con la teoría de la responsabilidad por el hecho vid. la 3.^a ed. de esta obra pág. 348.

Subsección b): Los elementos de la culpabilidad

§ 40 La capacidad de culpabilidad (imputabilidad)

P.-A. Albrecht, Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts, GA 1983, pág. 193; *el mismo*, Jugendstrafrecht, 2.^a ed. 1993; P.-A. Albrecht/Schüler-Springorum (ed.), Jugendstrafe an 14- und 15jährigen, 1983; Aschaffenburg, Zur Frage: Verminderte Zurechnungsfähigkeit, RG-Festgabe, 1929, Tomo V, pág. 242; v. Baeyer, Die Freiheitsfrage in der forensischen Psychiatrie usw., Der Nervenarzt 28 (1957) pág. 337; Behrendt, Affekt und Vorverschulden, 1983; Berner, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843; Bertel, Die Zurechnungsfähigkeit, ÖJZ 1975, pág. 622; Bertolino, L'imputabilità ed il vizio di mente nel sistema penale, 1990; Binder, Die Geisteskrankheit im Recht, 1952; Blau, Anmerkung zu BGH vom 27.5.1986, JR 1987, pág. 206; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 35, 143, JR 1988, pág. 514; *el mismo*, Die Affekttat zwischen Empirie und normativer Bewertung, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 109; *el mismo*, Paraphrasen zur Abartigkeit, Festschrift für W. Rasch, 1993, pág. 113; Blau/Franke, Prolegomena zur strafrechtlichin Schuldfähigkeit, Jura 1982, pág. 393; Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963) pág. 372; de Boor, Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, 1966; Brandenberger, Bemerkungen zu der Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Trunkenheit, 1970; Brandstetter, Grundfragen der Deliktsverwirklichung im Vollrausch, 1992; Brauneck, Die Jugendlichenreife nach § 105 JGG, ZStW 77 (1965) pág. 209; Bresser, Jugendzurechnungsfähigkeit oder Strafmündigkeit, ZStW 74 (1962) pág. 579; *el mismo*, Noch immer: Die Problematik des § 105 JGG, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 323; *el mismo*, Probleme bei der

Schuldfähigkeits- und Schuldbeurteilung, NJW 1978, pág. 1188; *Brunner*, Jugendgerichtsgesetz, 8.^a ed. 1985; *Bruns*, Die Strafzumessung bei Vollrauschdelikten, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 439; *Burkhardt*, Tatschuld und Vorverschulden, en: *Eser/Kaiser/Ewa Weigend* (eds.), Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1988, pág. 147; *Carbonell Mateu y otros*, Enfermedad mental y delito, 1987; *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 21, 381, JZ 1968, pág. 273; *Dallinizer/Lackner*, Jugendgerichtsgesetz, 2.^a ed. 1965; *Dencker*, § 323a StGB-Tatbestand oder Schuldform? JZ 1984, pág. 453; *Diesinger*, Der Affekttäter, 1977; *Dix*, Medizinische Sachverständigengutachten über die Zurechnungsfähigkeit in den USA, ZStW 97 (1985) pág. 213; *Dreher*, Verbotsirrtum und § 51 StGB, GA 1957, pág. 97; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 21, 27, JR 1966, pág. 350; *Ehrhardt*, Die Schuldfähigkeit in psychiatrisch-psychologischer Sicht, en: *Frey* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pág. 277; *Ehrhardt/Villinger*, Forensische und administrative Psychiatrie, en: Psychiatrie der Gegenwart, Tomo III, 1961, pág. 181; *Eickmeyer*, Die strafrechtliche Behandlung der Heranwachsenden nach § 105 JGG, 1963; *Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, 5.^a ed. 1993; *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit usw., 2.^a ed. 1965; *Feest*, Kinderkriminalität, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a ed. 1993, pág. 210; *Frehsee*, "Strafverfolgung" von unmündigen Kindern, ZStW 100 (1988) pág. 290; *Frisch*, Grundprobleme der Bestrafung "verschuldeter" Affekttaten, ZStW 101 (1989) pág. 538; *Geilen*, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 173; *Giese/Schorsch*, Zur Psychopathologie der Sexualität, 1973; *Göppinger*, Kriminologische Aspekte zur sogenannten verminderten Schuldfähigkeit, Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 411; *Goldstein*, The Insanity Defense, 1967; *Hadamik*, Über die Bewußtseinsstörung bei Affektverbrechen, MSchrKrim 1953, pág. 11; *el mismo*, Leidenschaft und Schuld, GA 1957, pág. 101; *Haddenbrock*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit", Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo II, 1972, pág. 863; *el mismo*, Forensische Psychiatrie und die Zweispurigkeit unseres Strafrechts, NJW 1979, pág. 1235; *el mismo*, Soziale oder forensische Schuldfähigkeit (Zurechnungsfähigkeit), 1992; *Haftner*, Normale Menschen? Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit, SchwZStr 66 (1951) pág. 1; *Heiß*, Die Bedeutung der nichtkrankhaften Bewußtseinsstörungen usw., en: Gerichtliche Psychologie, 1962, pág. 223; *Heldmann*, Zurechnungsfähigkeit, Zurechnungsunfähigkeit und verminderte Zurechnungsfähigkeit in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Freiburg 1956; *Hentschel/Born*, Trunkenheit im Straßenverkehr, 6.^a ed. 1992; *Herzberg*, Gedanken zur actio libera in causa usw., Festschrift für G. Spengel, 1992, pág. 203; *Hettinger*, Die "actio libera in causa" usw., 1988; *el mismo*, Zur Strafbarkeit der "fahrlässigen actio libera in causa", GA 1989, pág. 1; *Horn*, Actio libera in causa usw., GA 1969, pág. 289; *Hruschka*, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, JuS 1968, pág. 554; *el mismo*, Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters, SchwZStr 90 (1974) pág. 48; *el mismo*, Probleme der actio libera in causa heute, JZ 1989, pág. 310; *Jescheck*, Die Bedeutung nicht-krankhafter Bewußtseinsstörungen usw., en: Gerichtliche Psychologie, 1962, pág. 208; *Joerden*,

Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs usw., 1988; *Jubert*, La doctrina de la "Actio libera in causa" en derecho penal, 1992; *Kaiser*, Jugendstrafrecht, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3.^a ed. 1993, pág. 199; *Kallwaß*, Der Psychopath, 1969; *Katzenstein*, Die Strafflosigkeit der actio libera in causa, 1901; *Armin Kaufmann*, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, S. 319; *Hilde Kaufmann*, Die Regelung der Zurechnungsfähigkeit im E 1962, JZ 1967, pág. 139; *Hilde Kaufmann/Pirsch*, Das Verhältnis von § 3 JGG zu § 51 StGB, JZ 1969, pág. 358; *W. Keller*, Menschliche Existenz, Willensfreiheit und Schuld, en: *Frey* (ed.), Schuld, Verantwortung, Strafe, 1964, pág. 201; *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, 1.^a Parte, 1794; *Koch*, Die actio libera in causa usw., Diss. Freiburg 1956; *Kotsalis*, Verminderte Schuldfähigkeit und Schuldprinzip, Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 33; *Krause*, Betrachtungen zur actio libera in causa usw., Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 305; *el mismo*, Probleme der actio libera in causa, Jura 1980, pág. 169; *Krüger*, Zur Frage des Vorsatzes bei Trunkenheitsdelikten, DAR 1984, pág. 47; *Krumpelmann*, Motivation und Handlung im Affekt, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 327; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit usw., ZStW 88 (1976) pág. 6; *el mismo*, Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, pág. 337; *el mismo*, Schuldzurechnung unter Affekt und alkoholisch bedingter Schuldunfähigkeit, ZStW 99 (1987) pág. 191; *el mismo*, Affekt und Schuldfähigkeit, 1988; *el mismo*, Die strafrechtliche Schuldfähigkeit bei Affekttaten, Recht und Psychiatrie 1990, pág. 150; *Krug/Grüner/Dalichau*, Kinder- und Jugendhilfe, SGB VIII, Kommentar, 1994; *Küper*, Aspekte der "actio libera in causa", Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 573; *Lackner*, Neuorientierung der Rechtsprechung im Bereich des Vollrauschtatbestandes? Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 645; *Landgraf*, Die "verschuldete" verminderte Schuldfähigkeit, 1988; *Leferenz*, Die rechtsphilosophischen Grundlagen des § 51 StGB, Der Nervenarzt 19 (1948) pág. 364; *el mismo*, Die Kriminalität der Kinder, 1957; *el mismo*, Der Entwurf des Allg. Teils eines StGB in kriminologischer Sicht, ZStW 70 (1958) pág. 25; *el mismo*, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit usw., ZStW 88 (1976) pág. 40; *Luhle/Rösler*, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei akuter alkoholtoxischer Bewußtseinsstörung, ZStW 98 (1986) pág. 314; *Mannheim/Joseph/Sieverts*, Die kriminalrechtliche Behandlung von jungen Rechtsbrechern (über 18 Jahren) in England, Frankreich und in der Bundesrepublik Deutschland, 1958; *Maurach*, Fragen der actio libera in causa, JuS 1961, pág. 373; *Merkel* Die hochgradige Neurose usw., Diss. Mainz 1982; *J. E. Meyer*, Psychiatrische Diagnosen und ihre Bedeutung für die Schuldfähigkeit, ZStW 88 (1976) pág. 46; *Mezger*, Probleme der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1949, fascículo 2.º; *el mismo*, Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, 1951, fascículo 1.º; *Neumann*, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985; *el mismo*, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 (1987) pág. 567; *el mismo*, Konstruktion und Argument in der neueren Dis-

kussion zur actio libera in causa, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 581; *Oehler*, Anmerkung zu BGH vom 9.10.1969, JZ 1970, pág. 380; *Ostendorf*, Die Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach § 3 JGG usw., JZ 1986, pág. 664; *Paeffgen*, Actio libera in causa und § 323a StGB, ZStW 97 (1985) pág. 513; *Peters*, Literaturbericht, ZStW 66 (1954) pág. 423; *el mismo*, Die Beurteilung der Verantwortungsreife, Handbuch der Psychologie, Tomo II, 1967, pág. 260; *Pfeiffer*, Die kriminologische Bedeutung der Chromosomenanomalien, Kriminologische Gegenwartstragen, Fascículo 9.º, 1970, pág. 119; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, pág. 236; *Pongratz y otros*, Kinderdelinquenz, 1975; *Ponsold* (ed.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 1964; *Puppe*, Grundzüge der actio libera in causa, JuS 1980, pág. 346; *Rasch*, Schuldfähigkeit, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed. 1967, pág. 55; *el mismo*, Tötung des Intimpartners, 1964; *el mismo*, Angst vor Abartigkeit, NStZ 1982, pág. 177; *el mismo*, Die psychiatrisch-psychologische Beurteilung der sog. schweren anderen seelischen Abartigkeit, StV 1991, pág. 131; *el mismo*, Beurteilung der tiefgreifenden Bewußtseinsstörung, NJW 1993, pág. 757; *Rauch*, Brauchen wir noch eine forensische Psychiatrie? Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 379; *Rautenberg*, Die "verminderte Zurechnungs-/Schuldfähigkeit usw., Diss. Göttingen 1980; *Remschmidt y otros*, Zum Dunkelfeld kindlicher Delinquenz, MSchrKrim 1975, pág. 133; *Robinson*, Criminal Law Defenses, Tomo I, 1984; *Roxin*, Bemerkungen zur actio libera in causa, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 307; *Rudolf*, Zur Geschichte des Problems der Strafmündigkeit, Kriminalistik und forensische Wissenschaften, 1983, pág. 91; *Salgzer*, Zur forensischen Beurteilung der Affekttat im Hinblick auf eine erheblich verminderteschuldfähigkeit, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 201; *Salger/Mutzbacher*, Die actio libera in causa usw., NStZ 1993, pág. 561; *Schaffstein*, Die Jugendzurechnungsunfähigkeit im Verhältnis zur allgemeinen Zurechnungsfähigkeit, ZStW 77 (1965) pág. 191; *el mismo*, Überlegungen zu einem künftigen Jungtäterrecht, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 583; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Heranwachsender nach Herabsetzung des Volljährigkeitalters, MSchrKrim 1976, pág. 92; *el mismo*, Die entschuldigte Vaternötung, Festschrift für H. Stutte, 1979, pág. 253; *Schewe*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schmidhäuser*, Die actio libera in causa usw., 1992; *A. Schmidt*, Probleme der Kriminalität geisteskranker Täter, 1970; *R. Schmitt*, Die "schwere andere seelische Abartigkeit" in § 20 und 21 StGB, ZStW 92 (1980) pág. 346; *K. Schneider*, Die psychopathischen Persönlichkeiten, 9.ª ed. 1950; *el mismo*, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, 3.ª ed. 1956; *Schreiber*, Bedeutung und Auswirkungen der neugefaßten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit, NStZ 1981, pág. 46; *Schröder*, Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa, GA 1957, pág. 297; *el mismo*, Anmerkung zu BGH 21, 27, JZ 1966, pág. 451; *Schüler-Springorum*, Zum Strafrecht für junge Erwachsene, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 395; *Schwalm*, Schuld und Schuldfähigkeit usw., JZ 1970, pág. 487; *Schwinghammer*, Die Rechtsfigur der actio libera in causa, Diss. München 1966; *Simon/Aaronson*, The Insanity Defense, 1988; *Sluga*, Maßnahmen zur Behandlung abnormer Täter-Erfahrungsbericht aus österreich, Kriminologische Gegenwartsfragen,

Fascículo 15, 1982, pág. 33; *Stratenwerth*, Vermeidbarer Schuldausschluß, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 485; *Streng*, Richter und Sachverständiger usw., Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 397; *el mismo*, Schuld ohne Freiheit? ZStW 101 (1989) pág. 273; *Thomae*, Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld, MSchrKrim 1961, pág. 114; *Thomae/Schmidt*, Psychologische Aspekte der Schuldfähigkeit bei Bewußtseinsstörung, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2.^a ed. 1957, pág. 130; *Tröndle*, Vollrauschtatbestand und Zweifelsrundsatz, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 665; *Undeutsch*, Zur Problematik des psychologischen Sachverständigen, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 703; *Venzlaff*, Restaurierung eines "engen" Krankheitsbegriffs usw.? ZStW 88 (1976) pág. 57; *Vogt*, Die Forderungen der psychoanalytischen Schulrichtungen usw., 1979; *Waaben/Schultz/Léauté*, Die Behandlung der Trunkenheit im Strafrecht, 1960; *Walder*, Der Affekt und seine Bedeutung im schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 81 (1965) pág. 24; *Walter*, Jugendrecht, Jugendhilfe, Jugendschutz, Kleines kriminologisches Wörterbuch, 3.^a ed. 1993, pág. 191; *v. Weber*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Rauschtat, Festschrift für U. Stock, 1966, pág. 59; *Weinschenk*, Beginnt die Schuldfähigkeit wirklich erst mit der Vollendung des 14. Lebensjahres? MSchrKrim 1984, pág. 15; *Wilmanns*, Die sogenannte verminderte Zurechnungsfähigkeit usw., 1927; *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener im Strafrecht, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tomo II, 1972, pág. 966; *el mismo*, Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 723; *el mismo*, Wissen und Werten bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfähigkeit, Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 441; *el mismo*, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit usw., en: *Witter* (ed.), Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht, 1987, pág. 175; *Wolfflast*, Die Regelung der Schuldfähigkeit, JA 1981, pág. 464; *Wolter*, Vollrausch mit Januskopf, NStZ 1982, 54; *el mismo*, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz usw.? Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 545; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; *Zipf*, Verminderte Zurechnungs- oder Schuldfähigkeit-Vergleich der österreichischen und der deutschen Regelung, Kriminologische Gegenwartsfragen, Fascículo 15, 1982, pág. 157.

I. El concepto de la capacidad de culpabilidad

1. La capacidad de culpabilidad¹ es el *primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad*². Aquella debe existir al objeto de que pueda aparecer digna

¹ La denominación más frecuente de "imputabilidad" conecta con la imputación subjetiva en el sentido de la doctrina penal del siglo XIX. Por aquél entonces, imputabilidad significaba que nada se oponía a la imputación subjetiva. De ahí que la expresión también comprendiera su ausencia por error o violencia (vid. *Berner*, Imputationslehre pág. 52). No obstante, en adhesión al concepto normativo de culpabilidad hoy dominante es preferible la denominación "capacidad de culpabilidad" (así también, §§ 19-21).

² De acuerdo con la tesis dominante debe tratarse de un "presupuesto de la culpabilidad" que se antepone a ésta; así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 376; *v. Liszt/Scmidt*, pág. 239; *Mau-*

de reprobación la ausencia de una actitud jurídica interna que ha tenido su origen en la resolución delictiva. Únicamente quien ha alcanzado una edad determinada y no padece graves anomalías psíquicas posee el **grado mínimo de capacidad de autodeterminación** que es exigido por el Ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal. Ciertamente, aunque falte la capacidad de culpabilidad el auto puede *actuar* —a diferencia de la capacidad de acción en los actos reflejos (por ejemplo, la reacción a una descarga eléctrica), en la inconsciencia (sonambulismo) (vid. *supra* § 23 VI 2a)— pero no puede ser *culpable* porque el hecho no descansa sobre una actitud interna jurídicamente desaprobada.

Acerca de las teorías hoy superadas que intentaron comprender la capacidad de culpabilidad como “capacidad jurídico-penal de acción” o “capacidad de sensibilidad penal” vid. la 2.ª ed. de esta obra pág. 325.

2. En primer lugar, el concepto de capacidad de culpabilidad conecta con la **edad**. Con anterioridad a la conclusión el proceso biológico de maduración manifestado por el transcurso de la edad, o bien no puede ser por lo general formulado un reproche de culpabilidad (*minoría de edad penal*), o éste requiere la comprobación de que el autor haya alcanzado tal grado de desarrollo intelectual, de madurez moral y de fuerza de voluntad, que justifique la valoración de su actitud ante el Derecho actualizada en la comisión del hecho de acuerdo con parámetros adecuados a su juventud pero, en todo caso, de carácter *jurídico-penal* (*minoría de edad condicionada*). Además, la capacidad de culpabilidad se encuentra en relación con la **salud psíquico-espiritual** del autor puesto que hay que negar aquélla para el caso de graves estados carenciales (§ 20).

3. Mientras que en jóvenes con minoría de edad condicionada la capacidad de culpabilidad debe ser expuesta y comprobada durante el juicio (RG 58, 128)³, en cambio, tratándose de un autor adulto aquélla se presupone en tanto que no existan puntos de apoyo que permitan dudar acerca de su responsabilidad (RG 21, 131 [132])⁴. Tales dudas pueden fundamentarse, por ejemplo, en las acciones

rach/Zipf, Allg. Teil I § 35 núm. 35; *Wessels*, Allg. Teil núm. 409; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 5 antes del § 19; la cuestión queda abierta en *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 118 antes del § 13. Según *Dreher/Tröndle*, § 20 núm. 3a el § 20 es una causa de exclusión de la culpabilidad. En realidad, se trata de un elemento positivo de la culpabilidad que se encuentra dentro del concepto de la misma; igualmente, *Frank*, § 51 comentario II; *Blei*, Allg. Teil págs. 181 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 515; *Welzel*, Lehrbuch págs. 152 ss.; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 189 antes del § 32.

³ Crítico con la praxis judicial *Ostendorf*, JZ 1986, págs. 664 ss.

⁴ Vid. *Lackner*, § 20 núm. 19; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núms. 1, 51; *LK (11.ª) (Jähnke)* § 20 núm. 13; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núms. 1, 45.

sexuales que comete por primera vez un hombre mayor con niños (BGH NJW 1964, pág. 2213), sobre todo si comienzan en una edad ya avanzada (BGH NStZ 1983, pág. 34), cuando existen síntomas de anomalías instintivas (BGH StV 1984, pág. 507) o ante una acumulación de hurtos en comercios por parte de una mujer que hasta ahora no había sido sancionada penalmente (OLG Köln MDR 1975, pág. 858). La diferencia se explica por el hecho de que en los jóvenes es frecuente la ausencia de madurez que fundamenta la responsabilidad, mientras que las deficiencias psíquico-espirituales que conducen a la exclusión de la responsabilidad según el § 20 son casos excepcionales relativamente poco frecuentes. También son capaces de culpabilidad las personas en las que concurren desviaciones corrientes de la personalidad o alteraciones de escasa importancia como, verbigracia, déficit de inteligencia, voluntad débil, excitabilidad extraordinaria, fuerzas instintivas desmesuradas y reacciones vivenciales poco usuales, todo ello en la medida en que tales circunstancias especiales no alcancen el grado de un trastorno psíquico patológico, de una profunda alteración de la consciencia, de la oligofrenia o de cualquier otra anomalía psíquica grave (§ 20).

II. Las etapas de la capacidad de culpabilidad

1. El § 19 declara que los **niños**, esto es, personas que todavía no han cumplido los catorce años, son incapaces de culpabilidad. Por tanto, para aquellos individuos que todavía no han finalizado su decimocuarto año de vida el legislador niega con carácter general su capacidad de culpabilidad sin atender a su situación de desarrollo individual⁵. Se trata, en consecuencia, de una causa de exclusión de la culpabilidad⁶, por lo que es posible la participación en un hecho cometido por un inculpable (§ 29). Procesalmente la minoría de edad penal absoluta constituye un obstáculo procedimental, de modo que en caso de equivocación no puede ser instruido el sumario y debe archivar el proceso abierto⁷.

⁵ En consonancia con la doctrina dominante (*Dreher/Tröndle*, § 19 núm. 2; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 19 núm. 5; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 377; *SK (Rudolphi)* § 19 núm. 3), el E 1962 Begründung pág. 137 habla aquí de una "presunción irrefutable (*iuris et de iure*) de la incapacidad de culpabilidad". *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 49 acepta la "exclusión de la responsabilidad". Mostrándose crítico con el § 19 StGB y § 3 JGG *Weinschenk*, MSchrKrim 1984, págs. 15 ss.

⁶ Vid. *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 45; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 19 núm. 3.

⁷ En este sentido camina la doctrina mayoritaria; vid. *Eisenberg*, § 1 JGG núm. 31; *Dreher/Tröndle*, § 19 núm. 2; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 19 núm. 5; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 377; *SK (Rudolphi)* § 19 núm. 3; *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 46. Acerca de la historia de la minoría de edad penal *Rudolf*, Kriminalistik und forensische Wissenschaften 1983, págs. 91 ss. Detalladamente acerca de la "persecución penal" de niños *Frehsee*, ZStW 100 (1988) págs. 290 ss.

Si el niño comete un hecho antijurídico (§ 11 I núm. 5) el Tribunal Tutelar puede adoptar medidas de protección de acuerdo con los §§ 1631 III, 1666, 1666a, 1837 IV BGB. Además también entra en juego el auxilio educativo de conformidad con los §§ 28-35 SGB VIII (niños y jóvenes), en el que también está incluida el recurso a hogares infantiles (§ 34)⁸.

2. El **joven**, esto es, una persona que en el momento del hecho tiene cumplidos ya los catorce años y que todavía no ha alcanzado los dieciocho (§ 1 II JGG), sólo puede ser responsabilizado penalmente “si, de acuerdo con su desarrollo moral y espiritual, es lo suficientemente maduro para comprender el injusto del hecho o para actuar conforme a su comprensión (§ 3, inciso 1.º, JGG)⁹”.

Originariamente el StGB 1871 se basó únicamente en la capacidad de comprensión intelectual siguiendo el modelo del Código penal francés de 1810 (“*discernement*”). Sin embargo, fue ya la JGG de 1923 la que, de acuerdo con los nuevos conocimientos de la psicología juvenil, otorgó también importancia en el enjuiciamiento de la responsabilidad del joven a la madurez moral y a la capacidad de transformación de lo conocido en un comportamiento actual. Consecuencia de ello fue que estos elementos se convirtieron asimismo en presupuestos para el juicio de culpabilidad penal.

La **capacidad de comprensión** del joven debe estar lo suficientemente formada como para que pueda comprender el injusto material (y no sólo la inmoralidad o la contrariedad a las costumbres) de su hecho. Por el contrario, con mayor razón aquí tampoco se exige el conocimiento de la punibilidad o de la Ley penal. La capacidad de comprensión debe referirse al hecho concreto; no obstante, en el caso concreto puede concurrir sólo para uno de los delitos integrantes del concurso ideal (“*tateinheit*”) o también únicamente respecto del tipo básico y no en relación a la disposición penal cualificadora (incorrectamente RG DR 1944, pág. 659; acerca de la “divisibilidad” de la conciencia del injusto, acertadamente,

⁸ Acerca de la elasticidad pedagógica de niños inclinados a la delincuencia *Lefrenz*, Die Kriminalität der Kinder págs. 16 ss. En relación con la importancia numérica de la criminalidad infantil vid. *Pongratz* y otros, Kinderdelinquenz págs. 89 ss. (criminalidad registrada policialmente); *Remschmidt* y otros, MSchrKrim 1975, págs. 133 ss. (investigación sobre la cifra negra). Según *Weinschenk*, MSchrKrim 1984, pág. 16 en el año 1980 la delincuencia infantil constituía el 6,3% de todos los delitos registrados, creciendo ininterrumpidamente desde el año 1954. Vid. también *Feest*, Kleines Kriminologisches Wörterbuch pág. 210. En relación con la tutela infantil y juvenil *Walter*, Kleines kriminologisches Wörterbuch págs. 195 ss. En torno a la acogida en hogares infantiles en el marco de la privación de la custodia de conformidad con el § 1666 BGB *Krug/Grüner/Dalichau*, Kinder-und Jugendhilfe, SGB VIII § 34 comentario 2.

⁹ Acerca de la reforma de la JGG *Kaiser*, Kleines Kriminologisches Wörterbuch pág. 203. En contra de la pena juvenil en las etapas más tempranas *P.-A. Albrecht/Schüler-Springorum* (eds.) Jugendstrafe an 14-und 15-jährigen, 1983.

BGH 10, 35)¹⁰. La capacidad de comprensión presupone tanto un desarrollo intelectual determinado como también un cierto grado de madurez moral. Puede suceder que al joven le sea comprensible la norma pero que por falta de madurez suficiente no se la tome en serio.

Ejemplo: En el abuso sexual de niños (§ 176) el joven debe tener la capacidad no sólo de reconocer el hecho como algo inmoral, sino también como un comportamiento *jurídicamente prohibido*. Ciertamente, puede ocurrir que entienda el injusto del hecho de acuerdo con la disposición citada pero no bajo el punto de vista concurrente del escándalo público (§ 183a), o que a pesar de tener un juicio de comprensión suficiente no distinga entre algo serio y un simple juego (vid. el caso de la RG 47, 385).

No obstante, el joven no sólo debe estar en condiciones de reconocer el injusto del hecho sino también de poder determinar su voluntad de acuerdo con tal comprensión (**capacidad de autocontrol**). Precisamente en jóvenes de edad temprana e, incluso también, en personas más mayores, que se encuentran bajo la influencia de anomalías en su proceso de maduración, es frecuente que tengan una capacidad de comprensión suficientemente formada faltándoles, en cambio, la fuerza de voluntad necesaria para poder hacer frente a la presión de motivos muy poderosos que les conducen a la comisión del hecho.

Ejemplos: Un joven malcriado con catorce años que poco a poco sustrae juguetes a un amigo (y que explica en casa que se los ha regalado un desconocido), al no poder oponer resistencia al instinto posesivo que repentinamente le domina. Un joven más mayor es seducido por su profesor para cometer conjuntamente un robo y que no se atreve a imponer su rechazo interno frente a la autoridad de aquél.

Si está ausente la culpabilidad del joven por falta de la capacidad de comprensión o de autocontrol¹¹, o no pudiendo excluir el juez tal posibilidad, entonces este último puede adoptar las mismas medidas de carácter educativo que el Tribunal Tutelar (§ 3, inciso segundo, JGG, vid. *supra* § 40 II 1)¹². No necesita,

¹⁰ Vid. *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 52; *Brunner*, § 3 JGG núm. 6; *Eisenberg*, § 3 JGG núm. 5; *Peters*, Zur Beurteilung der Verantwortungsreife págs. 260 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 52.

¹¹ La jurisprudencia admitió anteriormente para estos supuestos una causa personal de exclusión de la pena (RG 31, 161; 53, 143 [144]). Sin embargo, en la actualidad se reconoce que la mayoría de edad penal es un elemento de la culpabilidad; vid. RG 47, 385 (389); *Schaffstein/Beulke*, Jugendstrafrecht pág. 53; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 87; *Dallinger/Lackner*, § 3 JGG comentario núm. 18; *Eisenberg*, § 3 JGG núm. 11. Crítico con la jurisprudencia *P.-A. Albrecht*, Jugendstrafrecht pág. 99: "La praxis judicial diaria termina por desatender ampliamente el § 3 JGG".

¹² Dado que desde 1.1.1975 la mayoría de edad tiene lugar con la finalización del decimotercero año de vida (Ley de 31.7.1974, BGBl. I pág. 1713), el auxilio educativo y, en especial,

pues, ser absuelto. Difícil de determinar es la relación entre el § 3 JGG y el § 20¹³. Tratándose de deficiencias *condicionadas por el proceso de maduración* sólo es aplicable el § 3 JGG; por el contrario, ante perturbaciones psicopatológicas que, de acuerdo con la experiencia, *persistan* durante la etapa adulta, entra en juego el § 20 con la posibilidad de internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) (§ 7 JGG)¹⁴. Si existen dudas en torno a aceptar un precepto u otro, la falta de culpabilidad sólo puede ser apoyada sobre el § 3 JGG por sus consecuencias jurídicas más moderadas (*in dubio pro reo*). Si el joven es penalmente responsable el hecho comporta exclusivamente *consecuencias jurídicas adecuadas a su juventud* (medidas educativas conforme al § 9 JGG; medios correctivos según el § 13 JGG; pena juvenil prevista en los §§ 17 ss. JGG). De acuerdo con el § 18 I 3 JGG esta última es, también en cuanto a su duración, independiente del marco punitivo del Derecho penal general. Y en cuanto a las *medidas de seguridad del Derecho penal general*, sólo pueden ser ordenadas las consistentes en el internamiento en hospital psiquiátrico o en establecimiento cerrado, la conducta vigilada y la privación del permiso de conducir (§ 61 núms. 1, 2, 5 y 6) (§ 7 JGG).

3. En correspondencia con una antigua demanda del movimiento para la justicia juvenil¹⁵ la JGG de 1953 ha recogido una regulación específica para los **semiadultos**, esto es, personas que en el momento de comisión del hecho han cumplido dieciocho años sin haber alcanzado los veintiuno (§ 1 II JGG). *Éstos poseen plena responsabilidad jurídico-penal*, lo que significa que no entran dentro del § 3 JGG. Sin embargo, resultan aplicables las consecuencias jurídicas del Derecho penal juvenil (§§ 4-8, 9 núms. 1, 10, 11, 13-32 JGG) si el autor en el momento de la perpetración del hecho, por su desarrollo psíquico

el acogimiento en hogares infantiles, finaliza en ese momento (§§ 28-35 SGB VIII). Esto rige también para las medidas educativas adoptadas de acuerdo con el § 9 núm. 1 JGG. Únicamente permanecen efectivas algunas instrucciones que, de acuerdo con tal núm. 1, también serían admisibles frente a adultos en el marco del § 56 c.

¹³ Sobre ello vid. Bresser, ZStW 74 (1962) págs. 579 ss.; Schaffstein, ZStW 77 (1965) págs. 191 ss.; Hilde Kaufmann/Pirsch, JZ 1969, págs. 358 ss.

¹⁴ Si, de acuerdo con ambos preceptos, está excluida la capacidad de culpabilidad, el tribunal tiene que elegir entre el internamiento en el establecimiento (§ 63) y la medidas educativas según el § 3, inciso segundo, JGG (especialmente su ingreso en un hogar infantil de conformidad con el § 34 SGB VIII) (BGH 26, 67); vid. Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht pág. 54; Schaffstein, Stutten-Festschrift págs. 253 ss. Por el contrario, P.-A. Albrecht, Jugendstrafrecht pág. 102 y Eisenberg § 3 JGG núm. 39 sostienen la primacía del § 3 JGG.

¹⁵ Vid. Eicke, Die strafrechtliche Behandlung der Heranwachsenden págs. 15 ss. Acerca del tratamiento de los semiadultos en Derecho penal extranjero vid. Mannheim/Joseph/Sieverts, Die kriminalrechtliche Behandlung von jungen Rechtsbrechern págs. 9 ss., 27 ss. En relación con Gran Bretaña vid., además, Schüler-Springorum, Schaffstein-Festschrift págs. 397 ss.

y espiritual, es todavía equiparable a un joven¹⁶ o si, de acuerdo con su naturaleza, circunstancias y móviles, se trataba de una infracción juvenil (por ejemplo, un delito menos grave conforme al § 176 I) (§ 105 JGG)¹⁷. En caso de duda prevalece el Derecho penal juvenil (BGH 12, 116 [119]). Si al delito cometido por el semiadulto es de aplicación el Derecho penal general, el § 106 JGG prevé tanto una cláusula de atenuación para la prisión perpetua así como la prohibición de aplicar la custodia de seguridad. Un sector doctrinal crítico con el § 105 JGG exige la introducción de un Derecho penal especial para autores jóvenes que sean mayores de edad¹⁸.

III. Incapacidad de culpabilidad motivada por trastornos mentales

1. Para la descripción de la incapacidad de culpabilidad el Derecho penal alemán utiliza en el § 20 el denominado **método mixto** (“**biológico-psicológico**”)¹⁹. Los factores “*biológicos*” son el trastorno psíquico patológico, alteraciones profundas de la consciencia, oligofrenia y otras anomalías mentales graves²⁰. Pudiendo ser comprobada la existencia de alguna de estas circunstancias, además hay que examinar si por su causa el autor fue incapaz “de comprender la ilegalidad del hecho o de actuar conforme a esa comprensión” (elementos “*psicológicos*”). Por tanto, la apreciación de la capacidad de inculpabilidad presupone que el juez puede alcanzar la comprobación positiva de *dos* grupos de elementos: en primer lugar, debe concurrir uno de los trastornos psíquicos mencionados por la Ley y, en segundo lugar, la alteración debe haber menoscabado profundamente

¹⁶ Sobre ello vid. *Brauneck*, ZStW 77 (1965) págs. 209 ss.

¹⁷ Crítico al respecto *Bresser*, *Schaffstein-Festschrift* págs. 323 ss., que está a favor de la aplicación general del Derecho penal de adultos (págs. 331 ss.).

¹⁸ Sobre esta cuestión vid. *Schaffstein/Beulke*, *Jugendstrafrecht* págs. 63 ss. con referencias adicionales; *Schaffstein*, *Peters-Festschrift* págs. 600 ss.; *el mismo*, *MSchrKrim* 1976, págs. 92 ss.; *P.-A. Albrecht*, *Jugendstrafrecht* págs. 110 ss. Entretanto, la aplicación del Derecho penal juvenil a los semiadultos se ha convertido en regla general para la mayoría de los delitos (excepción hecha de los delitos contra la seguridad del tráfico); vid. el cuadro expuesto por *Schaffstein/Beulke*, *Jugendstrafrecht* pág. 52.

¹⁹ La expresión no es exacta y habría sido mejor recurrir al método “psíquico-normativo”. *SK (Rudolphi)* § 20 núm. 3 habla del método “biológico-normativo”. Sobre ello *Jakobs*, *Allg. Teil* 18/3 (“método psicológico-normativo”). *Roxin*, *Allg. Teil* I § 20 núm. 2 renuncia por completo a una definición. Detalladamente acerca de su origen histórico *AK (Schild)* §§ 20, 21 núms. 16 ss.

²⁰ La sordomudez (§ 55 en su redacción anterior) ya no es objeto de mención específica sino que hay que subsumirla bajo los elementos biológicos de los §§ 20, 21 cuando concurra un grave estado carencial de carácter psíquico. Vid. *Stree*, en: *Roxin* y otros, *Einführung* págs. 47 ss.; E 1962 *Begründung* pág. 140.

una de las dos capacidades decisivas para la formación de la voluntad de la persona. El método mixto, que también es reconocido en la psiquiatría forense²¹, tiene la ventaja frente al meramente biológico de que el trastorno mental puede ser analizado en relación al alcance de su gravedad y su significado para el hecho concreto²². Y frente al método puramente psicológico posee la ventaja de que la vinculación a los trastornos psíquicos descritos legalmente, cuya esencia y modo de acción son investigados por la psiquiatría y la psicología, crea la necesaria seguridad jurídica.

2. Los *elementos biológicos* de la inculpabilidad enumerados de forma cerrada²³ en el § 20 han sido adaptados al uso del lenguaje de la psiquiatría y la psicología aunque, no obstante, definen también los mismos supuestos de hecho que ya la doctrina y la jurisprudencia penal había comprendido bajo la vigencia del § 51 en su redacción anterior.

a) El **trastorno psíquico patológico**, como concepto central de los elementos biológicos del § 20, alude a la psiquiátrica de la “psicosis”. Frente a ésta se encuentran los “trastornos neurótico-psicopáticos” y las “anomalías del instinto” que en el § 20 son definidas como “otras alteraciones psíquicas graves”. El límite (oscilante) radica allí donde cesa la posibilidad de comprensión de la reacción psíquica. Como segundo criterio de delimitación se añade el hecho de que el “trastorno psíquico patológico” se corresponde con cambios en la actividad cerebral que pueden ser objeto de medición²⁴. Dentro de esta categoría hay que señalar,

²¹ Vid. *Ehrhardt/Villinger*, *Psychiatrie der Gegenwart* Tomo III págs. 215 ss.; *Rasch*, *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin* págs. 71 ss.; *Binder*, *Die Geisteskrankheit* págs. 163 ss.; *Haddenbrock*, *Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und “Schuldfähigkeit”* págs. 907 ss. Por el contrario, *Thomae*, *MSchrKrim* 1961, pág. 120 demanda que en las alteraciones que no sean patológicas el legislador *únicamente* debería referirse a la ausencia de la capacidad de formación de una voluntad adecuada a la norma, algo que, sin embargo, no se correspondería con las exigencias de la seguridad jurídica. *Roxin*, *Allg. Teil I* § 20 núm. 7 quiere incluso renunciar completamente a la caracterización de las situaciones de anormalidad psicopatológica. Crítico con la nueva regulación en cuanto a todos sus aspectos *Krümpelmann*, *ZStW* 88 (1976) págs. 6 ss.; *Leferenz*, ib

²² Llamando la atención acerca del elemento temporal “en la comisión del hecho” y su problemática para el enjuiciamiento de los hechos cometidos por arrebatos *Krümpelmann*, *ZStW* 88 (1976) págs. 13 ss.

²³ A favor de la aplicación analógica del precepto *Jakobs*, *Allg. Teil* 18/7 (“inexigibilidad”); *LK* (10.^a) (*Lange*) §§ 20, 21 núm. 13 (“deficiencias considerables de la personalidad”); en contra, con razón, *Blau*, *Jura* 1982, pág. 397; *LK* (11.^a) (*Jühnke*) § 20 núm. 3; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núm. 5. Vid. también *Vögt*, *Die Forderungen der psychoanalytischen Schulrichtungen*, 1979.

²⁴ Bastante instructivo al respecto *Witter*, *Lange-Festschrift* págs. 723 ss. La crítica de *Venzlaff*, *ZStW* 88 (1976) pág. 60 a la restauración de un “estrecho concepto de enfermedad psi-

por tanto, a todas aquellas alteraciones del ámbito intelectual o emocional que han dejado de estar en el marco de las vivencias comprensibles y que descansan sobre una lesión o enfermedad cerebral. Entre ellas se cuentan las psicosis traumáticas (lesiones cerebrales), las psicosis condicionadas tóxicamente (situaciones de embriaguez por la ingestión de alcohol y de otras sustancias estupefacientes; BGH NJW 1969, pág. 563)²⁵, las psicosis infecciosas (parálisis progresiva) y las patologías orgánicas del cerebro (epilepsia). Aquí se habla de psicosis “exógenas” por ser una causa exterior al cuerpo la causante de la perturbación psíquica. Patologías en sentido orgánico son, además, las manifestaciones de la oligofrenia que son consecuencia de daños tempranos en el cerebro o, como enfermedades propias de una edad ya avanzada, el efecto de la arteriosclerosis cerebral y de la atrofia cerebral (BGH GA 1965, pág. 156). Dentro de las verdaderas enfermedades mentales se cuentan, asimismo, las psicosis “endógenas” (esquizofrenia y ciclotimia) en las que se acepta por parte de la psiquiatría la existencia de una causa de raíz corporal, aunque hasta el momento este punto no pueda ser probado irrefutablemente^{26 27}.

b) De acuerdo con la sistemática del § 20 la **alteración profunda de la consciencia** comprende a aquellos trastornos no patológicos que, o bien no están mentalmente condicionados, o bien se les añade también un factor “aglutinan-

quiátrica” no es acertado a causa de que aquí se trata sólo de una ordenación teórico-sistemática; además, las situaciones no psicóticas cuando tienen un “valor patológico” son comprendidas como “otras anomalías psíquicas graves”. En el sentido del texto *Leferenz*, ZStW 88 (1976) pág. 42; *J. E. Meyer*, ZStW 88 (1976) págs. 48 ss.

²⁵ En profundidad respecto a la embriaguez *LK* (11.ª) (*Jähnke*) § 20 núms. 42 ss.; *SK (Rudolphi)* § 20 núm. 7; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núms. 16 ss. Acerca de los problemas de la práctica forense *Witter*, *Die Beurteilung Erwachsener* págs. 1029 ss.; *Luhle/Rösler*, ZStW 98 (1986) págs. 314 ss. Por regla general, a partir de un nivel de alcohol en sangre superior al 3 ‰ se acepta la incapacidad de culpabilidad (BGH VRS 28, pág. 191; VRS 61, pág. 261; NStZ 1984, pág. 408; StV 1991, pág. 297), aunque este criterio no constituye una norma sólida (BGH NStZ 1982, pág. 243; GA 1988, pág. 271). A partir del 2 ‰ se acepta la disminución de la capacidad de culpabilidad (BGH VRS 17, pág. 187; NStZ 1984, pág. 408; StV 1989, pág. 14); a partir del 2,5 ‰ la incapacidad de culpabilidad es probable (*Luhle/Rösler*, ZStW 98 [1986] pág. 318). En relación con la “embriaguez patológica” BGH 40, 198. Acerca de su cuantificación por medio de la determinación del nivel de alcohol en sangre en el momento del hecho BGH NStZ 1985, pág. 452; OLG Köln VRS 65, pág. 426; *Hentschel/Born*, *Trunkenheit im Strassenverkehr* núms. 247 ss. Vid. también *infra* § 40 VII.

²⁶ Acerca del número de delincuentes que son enfermos mentales *A. Schmidt*, *Geistes- kranke Täter* págs. 56 ss., acerca de sus manifestaciones págs. 146 ss.

²⁷ Una visión jurídica la ofrece *LK* (11.ª) (*Jähnke*) § 20 núms. 37 ss.; desde una perspectiva médica *Witter*, *Die Beurteilung Erwachsener* págs. 968 ss.

te" (por ejemplo, el alcohol, el agotamiento o la extenuación). Consiste en un importante menoscabo de la conciencia de uno mismo o del entorno (BGH en *Holtz*, MDR 1983, pág. 447). A través de la expresión "profunda" se quiere decir que sólo son consideradas aquellas alteraciones de la conciencia que han alcanzado un grado que va más allá del margen de lo normal (somnolencia, pánico) y, de forma similar a las psicosis, han desquiciado la estructura motivacional del afectado²⁸. Sólo son imaginables casos especialmente excepcionales (BGH 11, 20 [23]; OGH 3, 19 [20]; OLG Karlsruhe GA 1972, pág. 316 [317]), así como las formas más graves de estados hipnóticos o posthipnóticos, alucinaciones o estados crepusculares. El caso principal dentro de esta categoría es el arrebato grave (furor, odio, celos, miedo) que la propia jurisprudencia, bajo circunstancias especiales, ya había reconocido como causa suficiente de incapacidad de culpabilidad bajo la vigencia del § 51 en su redacción anterior (OGH 3, 19 [23]; 3, 80 [82]; BGH 3, 194 [199]; 8, 113 [125]; 11, 20 [23])²⁹. Dudosa es además la cuestión de si decae la exclusión de la culpabilidad en el supuesto de que el arrebato fuera evitable. La jurisprudencia (OGH 3, 19 [23]; BGH 3, 194 [199]; 35, 143 con comentario crítico de *Blau*, JR 1988, pág. 514; BGH NJW 1959, pág. 2315; NStZ 1984, págs. 259 y 311; StV 1986, pág. 339) y un sector de la doctrina³⁰ lo aceptan argumentando que puede encontrarse un comportamiento culpable en

²⁸ Vid. BT-Drucksache V/4095 pág. 11; B GH NStZ 1990, pág. 231; *Bockelmann / Volk*, Allg. Teil pág. 115; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 38; *Blau*, Tröndle-Festschrift págs. 116 ss.; *Haddenbrock*, Schuldfähigkeit págs. 275 ss.; *LK* (11.ª) (*Jähnke*) § 20 núms. 25 ss. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núm. 14; *SK* (*Rudolphi*) § 20 núm. 10; *Schwalm*, JZ 1970, pág. 494.

²⁹ Acerca de la génesis del arrebato, de la mano de la relación de numerosos casos *Rasch*, Tötung des Intimpartners, 1964. Sobre la relación entre el dolo y la capacidad de culpabilidad en los casos de arrebato *Schewe*, Reflexbewegung págs. 31 ss., 130 ss.; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift pág. 328; *Behrendt*, Affekt págs. 14 ss. En relación con el enjuiciamiento forense *Rasch*, Schuldfähigkeit págs. 83 ss.; *el mismo*, NJW 1993, pág. 757; *de Boor*, Bewußtsein págs. 126 ss.; *Thomae*, Schuldfähigkeit págs. 351 ss.; *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener págs. 1023 ss.; *el mismo*, Der psychiatrische Sachverständige págs. 175 ss. Desarrolla indicadores para el enjuiciamiento de las hipótesis de arrebato *Krümpelmann*, Recht und Psychiatrie 1990, pág. 156 con referencias adicionales. Un instructivo análisis de 295 dictámenes emitidos en supuestos de homicidio entre los años 1964 y 1973 en *Diesinger*, Der Affekttäter págs. 92 ss.

³⁰ Así, *Geilen*, Maurach-Festschrift págs. 188 ss.; *Krümpelmann*, Welzel-Festschrift págs. 340 ss.; *el mismo*, GA 1983, págs. 354 ss.; *el mismo*, ZStW 99 (1987) págs. 221 ss.; *el mismo*, Affekt págs. 216 ss.; *LK* (11.ª) (*Jähnke*) § 20 núms. 60 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 18/17; *Salger*, Tröndle-Festschrift pág. 213; *Neumann*, ZStW 99 (1987) pág. 594; *Ziegert*, Vorsatz págs. 189 ss.; *Rudolphi*, Henkel-Festschrift págs. 206 ss.; *SK* (*Rudolphi*) § 20 núm. 12; *Dreher/Tröndle*, § 20 núm. 10a. En contra, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 38; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 536; *Schwalm*, JZ 1970, pág. 493.

el hecho de dejar conscientemente que se origine una congestión emocional, que va a afluir en la descarga incontrolable de un determinado delito grave (*conducta preculpable*). Sin embargo, esta concepción es difícilmente compatible con el tenor del § 20 pues en éste sólo se hace referencia a la existencia de una alteración de la consciencia “en el momento de la comisión del hecho”. Tampoco una analogía del § 17 conduce a nada ya que aunque el elemento “en la comisión del hecho” del precepto citado sólo está referido al error, en cambio, en el § 20 lo está también a la capacidad de autocontrol. La solución reside en la aplicación de los principios relativos a la *actio libera in causa*³¹ (vid. *infra* § 40 VI).

Ejemplos: Homicidio y tentativa de homicidio frente a la esposa y la suegra que termina con un intento de suicidio, todo ello cometido bajo un arrebató de furor (OGH 3, 19 [22 ss.]); homicidio de un hermano adicto al alcohol en un exceso de la legítima defensa producido tras una fuerte pelea (BGH 3, 194 [199]); muerte consentida de la esposa e intento de homicidio en un ambiente de pánico (BGH GA 1955, pág. 26); asesinato bajo un delirio homicida (BGH 7, 325 [327]); muerte de la esposa en un estado de excitación máxima tras incansables peleas ligadas a graves maltratos (BGH 11, 20 [23]); homicidio de la amante del marido tras varios años de profunda enemistad (BGH *Dallinger* MDR 1953, pág. 146); homicidio del niño por un acto en cortocircuito (BGH NJW 1959, pág. 2315)³².

El caso más habitual de perturbación de la consciencia es el de la *embriaguez por alcohol*³³ (vid. *infra* § 40 VII) que, a pesar del motivo que la origina (intoxicación), actualmente se cuenta dentro de los trastornos psíquicos patológicos y, por ende, forma parte del primer grupo de factores biológicos (vid. *supra* nota a pie núm. 25). Lo mismo rige para la intoxicación por el consumo de drogas.

c) En el § 20 se recoge, en tercer lugar, la denominada **oligofrenia** que abarca los niveles más graves de déficit de inteligencia padecidos desde el nacimiento sin una causa corporal evidenciable (idiocia, imbecilidad y debilidad); en cambio, de acuerdo con la sistemática del precepto aludido, los estados carenciales basados en procesos orgánicos cerebrales de carácter patológico entran dentro del grupo de

³¹ Así, *Hruschka*, JuS 1968, pág. 558; *Behrendt*, Affekt págs. 64 ss. (“*actio libera in omittendo*”); *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núm. 15; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 18; *Frisch*, ZStW 101 (1989) págs. 569 ss. En contra, *Krümpelmann*, GA 1983, pág. 356 nota a pie núm. 80; *Horn*, GA 1969, págs. 290 ss.

³² Acerca de esta jurisprudencia vid. *Hadamik*, MSchrKrim 1953, pág. 11; *el mismo*, GA 1957, pág. 101; *Thomae*, Schuldfähigkeit págs. 328 ss., quien, por ejemplo, denomina a la BGH 11, 20 como la “sentencia más significativa de este decenio” (pág. 346); *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 35; *Krümpelmann*, ZStW 99 (1987) págs. 216 ss.

³³ Sobre este tema vid. *Rasch*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin págs. 81 ss.; *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand págs. 6 ss.

los elementos biológicos. Por lo demás, tal y como se deriva de su equiparación con el resto de los elementos biológicos, también aquí debe tratarse de un deterioro de las capacidades de comprensión que destruya completamente el contexto motivacional normal (BGH NJW 1967, pág. 299)³⁴.

d) Colocadas en último lugar, las “**otras anomalías psíquicas graves**” (BGH NStZ 1991, pág. 428; 1992, pág. 380; 1993, pág. 181)³⁵ hacen alusión a las manifestaciones más graves de psicopatías, neurosis y trastornos del instinto³⁶. A diferencia de las psicosis, aquí no son verificables diagnósticos orgánicos cerebrales y, además, el comportamiento del autor se mantiene todavía en el marco de unas circunstancias vivenciales comprensibles. Tales deterioros suelen ocurrir con una relativa frecuencia³⁷. Para su enjuiciamiento jurídico resulta de una importancia decisiva la (difícil) contestación a la pregunta de cuándo una “anomalía” se considera “grave” en el caso concreto³⁸. En la mayoría de las ocasiones se afirma que para que resulte aplicable el § 20 debe haber adquirido el “rango

³⁴ Acerca de los problemas de la práctica forense vid. *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener págs. 985 ss.; *Haddenbrock*, Schuldfähigkeit págs. 276 ss.

³⁵ Acerca del efecto discriminatorio de la errónea expresión “anomalía” *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 46. Asimismo, *Blau*, Rasch-Festschrift págs. 117 ss.

³⁶ En relación con las psicopatías vid. la tipología de *K. Schneider*, Die psychopathischen Persönlichkeiten págs. 69 ss.; además, *Kallwaß*, Der Psychopath, 1969. En las anomalías del instinto sexual *Krümpelmann*, ZStW 88 (1976) págs. 20 ss. pretende acogerse al concepto de adicción en adhesión a la BGH 23, 176 (193) (Caso Bartsch) y a *Giese* (vid. *Giese/Schorsch*, Zur Psychopathologie der Sexualität págs. 155 ss.). En contra, sin embargo, *J. E. Meyer*, ZStW 88 (1976) pág. 51. Como supuestos de anomalías *Venzlaff*, ZStW 88 (1976) pág. 59 cita el “desarrollo paranoico, el delirio de celos genuino, reacciones vivenciales depresivas, la gradual y profunda acumulación de conflictos personales, así como las deformaciones psíquicas extremas debidas a situaciones de privación ocurridas en la etapa infantil más temprana”. Acerca de las neurosis *Merkel*, Die hochgradige Neurose págs. 181 ss.; vid. su tratamiento jurisprudencial en la BGH StV 1989, pág. 104.

³⁷ Según el § 25 E 1962 estas “otras anomalías psíquicas graves” sólo pueden conducir a una disminución de la capacidad de culpabilidad. Fue la Comisión especial la que la introdujo en el § 20 (BT-Drucksache V/4095 pág. 10). El temor a una expansión o “rotura del dique” que traería consigo su actual consideración como causa de exclusión de la capacidad de culpabilidad desaparece, sin embargo, si el reconocimiento de esta última queda restringido, como debe ser, a supuestos extremadamente excepcionales. En torno a su relevancia forense *P.-A. Albrecht*, GA 1983, págs. 209 ss.; minuciosamente acerca de la bibliografía psiquiátrica y psicológica *LK* (10.^a) (*Lange*) §§ 20, 21 núms. 34 ss.; en relación con la jurisprudencia *LK* (11.^a) (*Jähnke*) § 20 núms. 72 ss.

³⁸ Así, acertadamente, *Leférenz* ZStW 88 (1976) págs. 42 ss.; Vid. también *R. Schmidt*, ZStW (1980) pág. 349; *Schreiber*, NStZ 1981, pág. 48; *Rasch*, NStZ 1982, pág. 182; *el mismo*, StV 1991, pág. 131 (“concepto social-estructural de enfermedad”).

de enfermedad". Sin embargo, el problema es que en el autor falta precisamente la singularidad cualitativa de un verdadero enfermo mental tanto desde un aspecto corporal como psíquico, de modo que la comparación sólo es posible en el ámbito de sus efectos algo que, sin embargo, no se debería tener en cuenta en la delimitación de los elementos biológicos de acuerdo con la sistemática legal. De ahí que, básicamente, sólo pueda afirmarse que se debe tratar de supuestos extremadamente excepcionales en los que el historial completo del afectado esté determinado por las continuas recaídas en este tipo de comportamientos causadas por el padecimiento psíquico, así como por la absoluta ineficacia de las sanciones penales³⁹. Por el contrario, "simples debilidades de la voluntad o cualesquiera otras deficiencias del carácter" dejan intacta la capacidad de culpabilidad (BGH 14, 30: trastorno del instinto sexual; BGH NJW 1966, pág. 1871: tentativa de homicidio cometida por un pleiteador hipersensible).

Ejemplos: Delitos sexuales cometidos con niños con motivo de un trastorno de la voluntad, de los sentimientos o del instinto (RG 73, 121 [122]); piromanía con base neurótica (BGH NJW 1955, pág. 1726); hipersexualidad (BGH NJW 1962, pág. 1779; NJW 1982, pág. 2009); instinto sexual anormal de importancia (BGH 19, 201 [204]; 23, 176 [190]); cleptomanía (OLG Frankfurt GA 1969, pág. 316); acciones sexuales realizadas ante niños en una situación de trastorno depresivo (BGH 28, 357); muerte de los dos hijos por parte del padre en una depresión reactiva grave (BGH 34, 22).

3. La comprobación del elemento biológico no resulta suficiente para aceptar la exclusión de la culpabilidad. Al mismo debe añadirse que el trastorno psíquico repercute sobre la **capacidad de comprensión o de autocontrol**⁴⁰. La incapacidad de comprender el injusto (*momento intelectual*) está referida al injusto del hecho y, al igual que con el joven (vid. *supra* § 40 II 2), tiene que ser comprobada de modo concreto y en relación con cada uno de los tipos penales. Lo mismo rige para la capacidad de inhibición (BGH 14, 30 [32]). Por tanto, puede ser que el autor, a pesar de la existencia del trastorno psíquico, sea declarado como poseedor de la capacidad de culpabilidad porque, por ejemplo, el hecho fue cometido en un momento en el que el autor se encontraba fuera de los efectos de una crisis

³⁹ Desde una perspectiva jurídica, acerca de los problemas del ejercicio forense LK (11.^a) (Jähnke) § 20 núms. 72 ss.; desde una óptica médica Witter, Die Beurteilung Erwachsener págs. 988 ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift pág. 733.

⁴⁰ Dado que una comprobación fundada empíricamente es tan imposible como en el "poder actuar de otro modo", también aquí sólo resulta admisible una afirmación comparativa; vid. Schönke/Schröder/Lenckner, § 20 núm. 26; SK (Rudolphi) § 20 núm. 25; Witter, Leferenz-Festschrift págs. 447 ss. A favor de la eliminación del requisito de la capacidad de comprensión y de acción Streng, Leferenz-Festschrift págs. 408 ss.

aguda, o porque la naturaleza de aquél no entra dentro del ámbito afectado por el trastorno. Para excluir la aplicación del § 20 es suficiente con que esté presente la *capacidad* de comprensión. Si, a pesar de la existencia de los trastornos psíquicos en la persona del autor, éste ha *reconocido materialmente* el injusto del hecho, entonces no entra en juego el § 20 a no ser que falte la capacidad de autocontrol (BGH GA 1971, pág. 366).

La incapacidad de comprender el injusto no sólo es relevante cuando descansa sobre un trastorno psíquico. De acuerdo con la regulación del error de prohibición en el § 17, inciso primero (vid. *infra* § 41 II 1b), también cabe aceptar la exclusión de la culpabilidad cuando el autor no pudo tener conciencia del injusto, cuyas razones sin embargo aquí no interesan⁴¹. No obstante, el § 20 conserva en este punto un significado práctico en lo tocante a la determinación de los trastornos psíquicos, pues en éstos resulta manifiesta su influencia sobre la capacidad de comprensión y, por regla general, se acepta en los casos graves⁴². De este modo, el precepto adquiere el carácter de una *regla ejemplificativa*.

También hay que negar la capacidad de culpabilidad aunque concurra la comprensión del injusto, en aquellas hipótesis en las que el autor, a causa de su trastorno psíquico, fue incapaz de actuar conforme a esa comprensión (momento *volitivo*), algo que sobre todo sucede en la embriaguez alcohólica, psicopatías, neurosis y trastornos del instinto. Aquí, a pesar de la clara conciencia del injusto, existen casos excepcionales en los que los impulsos que conducen al hecho pueden ser tan poderosos o los factores inhibitorios tan débiles, que no puede dominarse la perpetración de aquél (vid. BGH NJW 1952, pág. 353; 1964, pág. 2213)⁴³.

4. El enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad es una **cuestión jurídica** que pesa sobre la responsabilidad del juez (BGH 7, 238 [239]; 8, 113 [118])⁴⁴. Sin embargo, por regla general la decisión sólo resulta posible para el jurista con ayuda de un experto (acerca del deber de consultar a un sexólogo ante anomalías

⁴¹ Vid. *Dreher*, GA 1957, págs. 97 ss.; *Armin Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 323 ss.; *Schröder*, GA 1957, págs. 297 ss.

⁴² Negando sin embargo el significado autónomo de la disposición *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núm. 27.

⁴³ Se creía haber descubierto el secreto de la criminalidad grave en las aberraciones cromosómicas que se conocen desde hace algún tiempo pero, sin embargo, de la investigación cromosómica no se ha deducido hasta el momento que la anomalía XYY menoscabe la capacidad de autocontrol (BGH *Dallinger* MDR 1971, pág. 185); vid. *Pfeiffer*, Kriminologische Gegenwartsfragen fascículo 9 págs. 119 ss.; *Göppinger*, Kriminologie págs. 175 ss.

⁴⁴ Así, en profundidad *LK* (11.^a) (*Jähnke*) § 20 núms. 89 ss.; *SK* (*Rudolphi*) § 20 núm. 23. Acerca del papel del psiquiatra *Rauch*, *Leferenz-Festschrift* págs. 379 ss.; *Witter*, *ibidem* págs. 441 ss.

del instinto sexual completamente extraordinarias BGH 23, 176 [192 ss.]; vid., además, BGH GA 1971, pág. 365). Anteriormente el enjuiciamiento de la capacidad de culpabilidad fue un dominio exclusivo de la psiquiatría. En los últimos tiempos también son consultados los psicólogos, sobre todo para la investigación de trastornos psíquicos no patológicos⁴⁵.

Algunos psiquiatras son de la opinión de que, desde la perspectiva de su ciencia, sólo pueden hacer afirmaciones en torno a la existencia de trastornos psíquicos, pero no acerca de las consecuencias de tales afecciones sobre la capacidad de comprensión o de autocontrol del autor, puesto que esto último presupondría una toma de postura (positiva) sobre la cuestión del libre albedrío⁴⁶. No obstante, en los elementos psicológicos de la capacidad de culpabilidad sólo se trata de que el médico, de acuerdo con los conocimientos de la ciencia, evalúe si el trastorno psíquico ha alcanzado un *grado tan considerable* como para poder menoscabar profundamente la estructura de la personalidad del autor⁴⁷. De ahí que tampoco aquí se exija más que una afirmación comparada (vid. *supra* § 39 III 2, § 40 III 3 nota a pie núm. 40).

Si concurren los presupuestos del § 20 o éstos no pueden ser descartados (RG 21, 131 [135]) el autor queda *impune* por la ausencia de culpabilidad. Sin embargo, si la incapacidad de culpabilidad sobreviene durante la ejecución del hecho (vgr., amnesia durante un arrebato pasional en un homicidio con arma blanca) el autor sigue siendo responsable por su consumación, puesto que aquí hay que aceptar la existencia de una desviación inesencial del curso causal (BGH 23, 133 [135]). Por el contrario, si acontece con anterioridad al comienzo del hecho no existe una acción punible, aún cuando el hecho sea ejecutado de acuerdo con el plan concebido en una situación en la que todavía se poseía capacidad de culpabilidad (BGH 23, 356 [358]). El tribunal puede ordenar el internamiento en un hospital psiquiátrico si, como consecuencia de la situación del autor, puede esperarse que cometa hechos antijurídicos de considerable gravedad convirtiéndose así en un peligro para la colectividad (§ 63 I; vid. *infra* § 77 II 2c). Si la incapacidad

⁴⁵ Al respecto vid. *Jescheck*, Gerichtliche Psychologie págs. 208 ss. Acerca de las posibilidades de los dictámenes por parte del psicólogo vid. *Heig*, Gerichtliche Psychologie págs. 226 ss.; *Thomae*, Schuldfähigkeit págs. 391 ss.; *Undeutsch*, Lange-Festschrift págs. 714 ss.; *Haddenbrock*, Strafrechtliche Handlungsfähigkeit und "Schuldfähigkeit" págs. 928 ss.

⁴⁶ Así, sobre todo, *K. Schneider*, Zurechnungsfähigkeit págs. 17 ss. y *Lefrenz*, ZStW 70 (1958) pág. 35. En el sentido del texto, no obstante, *Rasch*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin pág. 62; *Ehrhardt*, Schuldfähigkeit págs. 241 ss.; *W. Keller*, Menschliche Existenz págs. 224 ss.; *v. Baeyer*, Der Nervenarzt 28 (1957) pág. 337; *Witter*, Die Beurteilung Erwachsener pág. 993 y *pássim*.

⁴⁷ Más detenidamente sobre la cuestión *Bockelmann*, ZStW 75 (1963) pág. 381; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 27.

de culpabilidad acontece con anterioridad a la apertura del juicio oral, puede ser ordenado el internamiento a través del procedimiento previsto para la adopción de medidas de seguridad (§§ 413 ss. StPO).

IV. La capacidad de culpabilidad disminuida

1. La introducción de la capacidad de culpabilidad disminuida en el año 1933 (§§ 51 II, 55 II en su redacción anterior) se correspondió con una vieja y significativa demanda de la psiquiatría⁴⁸. El § 21 sirve sobre todo para el tratamiento adecuado de la culpabilidad en los supuestos en que se detectan niveles más leves de oligofrenia, arrebatos, intoxicaciones por consumo de alcohol o sustancias estupefacientes, así como para aquellos delitos que son cometidos bajo la influencia de psicopatías, neurosis y anomalías del instinto⁴⁹. Los presupuestos biológicos de la capacidad de culpabilidad disminuida son los mismos que en el § 20. La *diferencia* radica en los *elementos psicológicos*: la capacidad de comprensión o de acción no está en verdad excluida, pero sí considerablemente⁵⁰ disminuida⁵¹. Aquí no se trata del poco claro escalón intermedio de la “semiimputabilidad” a caballo entre la plena responsabilidad penal y la incapacidad de culpabilidad. Antes bien, el autor *tiene tal aptitud*; sin embargo, a causa de la limitación de su capacidad de comprensión o de autocontrol **la pena puede ser atenuada**⁵². Si a pesar de tal disminución el autor ha reconocido realmente

⁴⁸ Así, especialmente, *Aschaffenburg*, RG-Festgabe págs. 242 ss. En contra, *Wilmanns*, Die verminderte Zurechnungsfähigkeit págs. 249 ss. Desde una perspectiva jurídica *Hafer*, SchwZStr 66 (1951) págs. 12 ss.

⁴⁹ De acuerdo *Krumpelmann*, ZStW 88 (1976) pág. 39; *Ehrhardt/Villinger*, Psychiatrie der Gegenwart Tomo III págs. 213 ss.; *Haddenbrock*, NJW 1979, pág. 1235. Aduciendo críticas en contra *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 388; *Göppinger*, Leferenz-Festschrift págs. 411 ss.; *Bresser*, NJW 1978, pág. 1189. Con acierto, en contra de la expresión “culpabilidad disminuida” *Blau* comentario a la BGH de 27.5.1986, JR 1987, pág. 206.

⁵⁰ En la medida en que tenga lugar una capacidad de comprensión disminuida el § 21 es desplazado por la regulación del error de prohibición vencible (§ 17, inciso segundo), pues tan pronto como al autor le sea reproachable no haber reconocido el hecho prohibido la pena también puede ser atenuada según las reglas del error de prohibición (vid. *infra* § 41 II 2a), siempre que le hubiera sido relativamente fácil alcanzar la comprensión del injusto; vid. al respecto, *Dreher*, GA 1957, pág. 99; *Schröder*, GA 1957, págs. 301 ss. Sin embargo, a favor de la subsistencia del significado de la disposición junto al § 17, inciso segundo, rige lo dicho *supra* § 40 III 3 acerca del § 20.

⁵¹ La jurisprudencia subraya con acierto que la debilidad de voluntad, las deficiencias del carácter y la predisposición criminal por sí solas *no* justifican la aplicación del § 21 (BGH *Dallinger* MDR 1953, pág. 147; BGH NJW 1958, pág. 2123; BGH 14, 30 [33]).

⁵² Vid. OLG Hamm NJW 1977, pág. 1498; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 70;

el hecho prohibido, el § 21 no resulta aplicable a no ser que también estuviera reducida la capacidad de autocontrol (BGH 21, 27 [28] con comentario de *Dreher*, JR 1966, pág. 350 y *Schröder*, JZ 1966, pág. 451), supuesto éste que en la práctica es más importante. Si a consecuencia del trastorno psicológico falta por completo la comprensión (siempre que ello no pueda ser reprochable al autor), no resulta de aplicación el § 21 sino el § 20 aún cuando se trate sólo de una capacidad de comprensión en sí misma disminuida. El § 21 sólo concurre, pues, cuando al autor le resulta reprochable la ausencia de comprensión (BGH NStZ 1986, pág. 264).

2. De acuerdo con el § 21 la atenuación de la pena significa que puede ser aplicado el marco específico del § 49 I. Conforme a aquél precepto el juez *puede* atenuar la pena, pero no está obligado a ello porque la disminución de la capacidad de culpabilidad puede estar compensada con circunstancias que agravan la culpabilidad, especialmente por medio del ocasionamiento culpable del trastorno psíquico (embriaguez) (OGH 2, 324 [327]; BGH 7, 28 [31]; BGH *Dallinger* MDR 1972, pág. 16; BGH *Holtz* MDR 1982, pág. 969; BGH StV 1986, pág. 248; OLG Karlsruhe MDR 1972, pág. 881; OLG Koblenz VRS 50, pág. 24)⁵³. La mera atenuación facultativa no es objetable constitucionalmente (BVerfGE 50, 5 [12 ss.]). Se fundamenta en que la culpabilidad, frente al caso normal del § 21, puede estar notablemente incrementada por el hecho de que el autor haya originado culpablemente el trastorno psíquico y, por ende, pudo haber previsto el peligro de la comisión del delito (BGH 35, 143). No obstante, la existencia de la disminución de la culpabilidad es tenida en cuenta en el contexto del marco reglado de la pena. Excepcionalmente, si esa necesidad opera frente a la cadena perpetua en el asesinato (§ 211) la aplicación del marco punitivo específico del § 49 I es obligatoria (de otra opinión BGH 7, 28)⁵⁴. Si el hecho consiste en un *delito militar*, atenta contra el Derecho internacional bélico o es cometido en acto de servicio, la pena *no* puede ser disminuida en caso de embriaguez culpable del § 7 WStG, pues el alcohol constituye

Schönke/Schröder/Lenckner, § 21 núm. 1. A favor de una atenuación punitiva obligatoria *Landgraf*, Die "verschuldete" verminderte Schuldfähigkeit págs. 72 ss.; *Kotsalis*, Baumann-Festschrift págs. 41 ss.

⁵³ Detalladamente sobre la cuestión *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 524 ss.; *el mismo*, Recht der Strafzumessung págs. 206 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 21 núm. 6; *Jakobs*, Allg. Teil 18/34; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 36 núm. 78; *LK* (11.^a) (*Jähne*) § 21 núms. 19 ss. Por el contrario, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 381; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 546; *SK* (*Rudolphi*) § 21 núm. 5; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 240; *Rautenberg*, Die verminderte "Zurechnungs-/Schuldfähigkeit" págs. 228 ss.; *Landgraf*, Die "verschuldete" verminderte Schuldfähigkeit págs. 132 ss.; *Wolfslast*, JA 1981, pág. 470, consideran que la mera posibilidad atenuatoria constituye un atentado en contra del principio de culpabilidad. Críticos también *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 21 núm. 14. El AE había previsto en el § 22 una atenuación de carácter obligatorio.

⁵⁴ Así, convincentemente *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núms. 37 ss.

un peligro especialmente grave para la disciplina militar (RG 68, 167)⁵⁵. En el supuesto del § 21 el internamiento en un hospital psiquiátrico en caso de peligrosidad del autor para la colectividad, se aplica junto a la pena que corresponda (§ 63 I). No obstante, el tribunal no puede, en lugar del internamiento, aplicar una pena de prisión exageradamente alta argumentando, por ejemplo, razones de seguridad, al no corresponderse aquélla con el contenido de culpabilidad (BGH 20, 264 [267]). Las razones preventivo-especiales que determinan una exasperación de la pena tan sólo pueden ser tenidas en cuenta en el marco de una pena adecuada a la culpabilidad (OLG Karlsruhe MDR 1972, pág. 881).

V. Derecho extranjero

La legislación *austriaca* el § 11 StGB sigue al § 20⁵⁶. La disminución de la capacidad de culpabilidad se tiene en cuenta como causa de atenuación de la pena de acuerdo con los §§ 34 núm. 1, 35 österr. StGB, aunque el primero de ellos regula los requisitos para la atenuación de modo diverso a como lo hace en la incapacidad de culpabilidad. También *Suiza*⁵⁷ sigue de cerca al Derecho alemán, aunque los presupuestos biológicos de la incapacidad de culpabilidad (art. 10 StGB) están también aquí descritos de modo distinto a como se hace en la disminución de la culpabilidad. El Código penal *francés* de 1810 siguió en su art. 64 el método puramente biológico, mientras que el texto de 1994 introduce en el art. 122-1 el método mixto⁵⁸. Por el contrario, en la comprobación de la "insanity" la jurisprudencia *norteamericana* e *inglesa* aplican un método psicológico extremo limitado al componente intelectual ("right and wrong test" y "M'Naghten rule", respectivamente)⁵⁹. La jurisprudencia y legislación de EE. UU. vino intentando desde los años sesenta excluir la imputabilidad también para los casos de ausencia de la capacidad de *autocontrol* del autor, pero en los años ochenta se volvió nuevamente a un

⁵⁵ Sin embargo, si la embriaguez conduce a una incapacidad de culpabilidad, entonces es aplicable el § 20 y tan sólo entra en juego un castigo según el § 323a) o como actio libera in causa (vid. *infra* § 40 VI); vid. *Schölz/Lingens*, § 7 WStG núm. 5.

⁵⁶ Vid. *Bertel*, OJZ 1975, pág. 622; *Zipf*, Kriminologische Gegenwartsfragen fascículo 15 págs. 157 ss. Acerca del tratamiento de autores anormales según el § 21 österr. StGB *Sluga*, ibídem págs. 34 ss.

⁵⁷ *Schultz*, Einführung I págs. 182 ss.; *Rehberg*, Strafrecht I págs. 164 ss. Una detenida exposición del Derecho suizo se encuentra en *Heldmann*, Zurechnungsfähigkeit págs. 10 ss. Crítico con el Derecho suizo *Binder*, Geisteskrankheit págs. 161 ss. En este país, la praxis es extraordinariamente cautelosa en la aceptación de la incapacidad de culpabilidad motivada por un arrebató; vid. *Walder*, SchwZStr 81(1965) págs. 53 ss.

⁵⁸ La praxis francesa alcanza similares resultados que la alemana; vid. *Merle/Vitu*, Traité I núms. 591 ss. Acerca del art. 122-1 del Código penal de 1994 *Desportes/Le Gunebec*, Présentation Nr. 33; *Pradel*, Le nouveau Code pénal núm. 36.

⁵⁹ Vid. *Goldstein*, Insanity págs. 45 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 436 ss.

criterio puramente intelectual⁶⁰. El Derecho *italiano* prevé sobre todo a la enfermedad mental como un supuesto de incapacidad de culpabilidad (art. 88 C.p.), pero básicamente excluye a las situaciones de arrebató y a los estados emocionales o pasionales (art. 90 C.p.). No obstante, los supuestos de psicopatías graves se integran en el concepto de enfermedad mental. El Proyecto de 1992 prevé ya en el art. 22 núm. 6 como causa de atenuación de la pena la actuación bajo estados emocionales especialmente intensos⁶¹. En *España* la enfermedad mental y las alteraciones de la consciencia son causas de exclusión de la culpabilidad (art. 8 núm. 1 C.p.)⁶². En *Holanda* poseen una disposición relativa al

⁶⁰ Véase, en especial, la Secc. 4.01 del Código penal modelo. Detalladamente sobre la cuestión *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 462 ss.; *Simon/Aaronson*, Insanity Defenses págs. 28 ss. Sobre la nueva legislación 18 U.S. Code § 17; New Jersey Criminal Justice Code § 2 C 4-1; Pennsylvania Crimes Code § 315. En torno a su desarrollo y causas vid. *Dix*, ZStW 97 (1985) págs. 213, 221 ss., 226 ss.

⁶¹ Vid. *Bertolino*, L'imputabilità págs. 376 ss. (la obra incluye también un extenso capítulo referido al Derecho extranjero; *Pagliari*, Principi págs. 626 ss.; *Nuvolone*, Sistema pág. 259 (hipnosis).

⁶² Las psicopatías y las neurosis están incluidas como causas de atenuación de la pena vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal pág. 589 nota a pie núm. 16; *Carbonell Mateu* y otros, Enfermedad mental págs. 47 ss.; *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, art. 8 núm. 1 comentario III 2; *Mir Puig*, Adiciones Tomo I págs. 614 ss. [El Código penal de 1995 contiene una amplia y flexible regulación sobre la materia: a) el art. 20.1.º recoge como causa de exclusión de la imputabilidad el padecimiento de "cualquier anomalía o alteración psíquica"; además, recoge expresamente tanto el aspecto intelectual como el volitivo de la enfermedad (siguiendo por lo demás, los pasos del § 20 StGB alemán) cuando señala que a consecuencia de tal anomalía o alteración el sujeto "no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión". b) El art. 20.2.º dedica su contenido, por la importancia criminológica de la cuestión, a los supuestos de drogadicción. Tal precepto excluye la imputabilidad cuando "al tiempo de cometer la infracción penal (el autor) se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos [...] o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia"; también aquí se acogen los aspectos intelectual y volitivo de la intoxicación o de los efectos de su dependencia (síndrome de abstinencia). Asimismo, tanto el núm. 1 como el núm. 2 del art. 20 excluyen la eficacia de las eximentes cuando exista preordenación dolosa de la alteración o intoxicación e, incluso, cuando una u otra se previeron o tuvieron que haberse previsto (actio libera in causa). c) A diferencia del texto alemán, el art. 20.3.º sigue haciendo referencia expresa como inimputable a quien como consecuencia de "alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad". d) Por último, se prevén como causas de atenuación de la pena: a') El padecimiento de alteraciones o anomalías psíquicas en una intensidad menor (art. 21.1.ª). b') Cometer el hecho a causa de la adicción grave a las sustancias mencionadas en el art. 20.2.º Y, por último, c') "La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante" (art. 21.3.ª). En estos casos la atenuación punitiva alcanza una importancia notable para los supuestos de eximente incompleta del art. 21.1.ª (vid. art. 68), así como para los otros dos si el tribunal estima la atenuante como muy cualificada (vid. art. 66.4.º) (N del T)].

desarrollo deficiente y al trastorno patológico de la “capacidad psíquica” (“geestvermogens”) que es aplicada de acuerdo con el método mixto y comprendida como una causa de exclusión de la culpabilidad (art. 39 W.v.S.)⁶³. El Código penal *belga*, al igual que el anterior texto punitivo francés, conecta en el art. 71 el conjunto de la regulación de la capacidad de culpabilidad con el concepto de “démence/krankzinnigheid”, que es objeto de una interpretación amplia y que comprende también a los supuestos más graves de las psicopatías, neurosis y anomalías del instinto⁶⁴. El C.p. *brasileño* regula la incapacidad de culpabilidad plena, así como la disminuida, en su art. 26. Las situaciones de arrebato, los estados pasionales y la embriaguez culpable están excluidos expresamente (art. 28 C.p.)⁶⁵.

VI. La *actio libera in causa*

1. La cuestión de si el autor es o no inculpable se refiere al momento del hecho (§ 20: “en la comisión del hecho”). Una excepción en este punto que, aunque no regulada legalmente, es reconocida por el Derecho consuetudinario⁶⁶, viene a ser la *actio libera in causa*. Bajo la misma se comprende aquel **comportamiento**

⁶³ Vid. *van Bemmelen/van Veen*, *Ons strafrecht* págs. 211 ss.; vid., asimismo, la detallada exposición de Derecho comparado de *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, *Inleiding* págs. 258 ss.

⁶⁴ Vid. *Dupont/Verstraeten*, *Handboek* núm. 473; *Hennau/Verhaegen*, *Droit pénal général* núm. 339 nota a pie núm. 98.

⁶⁵ Sobre ello vid. *Fragoso*, *Lições* págs. 203 ss.; *da Costa jr.*, *Comentários*, art. 28 nota preliminar antes de la Parte A.

⁶⁶ Acerca de las regulaciones legales en Derecho penal extranjero vid. *Koch*, *Die actio libera in causa* págs. 16, 43, 63; *Jubert*, *La doctrina de la “Actio libera in causa”*, 1992 (España en comparación con Alemania). Con razón subraya *Hruschka*, *JuS* 1968, pág. 559 y *SchwZStr* 90 (1974) págs. 62 ss. que no se trata sólo de una excepción aparente. La doctrina dominante, por el contrario, ve ya en el ocasionamiento de la incapacidad de culpabilidad el comienzo de la acción típica; así, *BGH* 17, 333 (335); 34, 29 (33); *Dreher/Tröndle*, § 20 núm. 20; *Puppe*, *JuS* 1980, págs. 348 ss.; *Krause*, *Jura* 1980, pág. 174; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 21; *Jakobs*, *Allg. Teil* 17/64; *Roxin*, *Lackner-Festschrift* págs. 311 ss.; *el mismo*, *Allg. Teil I* § 20 núms. 59ff ss.; *LK* (10.^a) (*Spendel*) § 323a núm. 46; *Herzberg*, *Spendel-Festschrift* págs. 204 ss.; *Schmidhäuser*, *Actio libera in causa* págs. 68 ss.; *Horn*, *GA* 1969, pág. 306; *Wolter*, *Leferenz-Festschrift* págs. 555 ss. En contra, con acierto, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 20 núm. 35; *Joerden*, *Strukturen* págs. 40 ss.; *LK* (11.^a) (*Jähnke*) § 20 núms. 77 ss.; *Küper*, *Leferenz-Festschrift* pág. 591; *Neumann*, *Zurechnung* págs. 24 ss.; *Stratenwerth*, *Allg. Teil I* núm. 551; *Hettinger*, *Die “actio libera in causa”* pág. 443; *Paefgen*, *ZStW* 97 (1985) págs. 516 ss., puesto que la producción de la situación de embriaguez no constituye todavía una tentativa del delito cometido en esa situación. La remisión a la autoría mediata (*Roxin*, *Allg. Teil I* § 20 núm. 60 nota a pie núm. 124) no resulta convincente pues existe una diferencia entre el caso en el que el autor concibe para sí mismo la resolución delictiva pudiendo renunciar a la continuación del hecho, y aquel otro en el que interviene como hombre de atrás de un autor sobre cuya conducta ya no puede influir más (*Eser/Burkhardt*, *Strafrecht I* núm. 17 A núm. 8).

cuya realización se decide en una situación en la que se posee capacidad de culpabilidad o que, en todo caso, pudo prever en esas condiciones, pero cuya ejecución sólo tiene lugar cuando el autor ha perdido la capacidad de acción o la plena aptitud para la culpabilidad⁶⁷.

Ejemplos: El autor se coloca dolosamente en una situación de embriaguez para neutralizar sus inhibiciones y poder cometer un hurto determinado (RG 73, 177 [182]). Alguien que es citado como testigo y, para afianzar una concreta declaración falsa, ingiere un psicofármaco que le hace cometer perjurio ante el tribunal en una situación de embriaguez⁶⁸. El conductor de un vehículo sigue circulando con el mismo a pesar de los evidentes síntomas de cansancio, por lo que se queda dormido durante el camino y atropella a un niño (RG 60, 29). Un agente comercial toma una sobredosis de "Pervitin" para estar fresco ante una sobrecarga de trabajo. En una situación de capacidad de culpabilidad disminuida se pone a los mandos de su vehículo a pesar de no estar en condiciones para conducirlo con seguridad (vid. también BayObLG NJW 1969, pág. 1583)⁶⁹.

En los casos reproducidos el hurto (§ 242) y el falso testimonio (§ 154) han sido cometidos bajo una situación de incapacidad de culpabilidad (§ 20). De ahí que el autor sólo pueda ser castigado por tales infracciones (y no sólo en virtud del § 323a)⁷⁰ si se estima suficiente la puesta en marcha plenamente responsable del suceso *con anterioridad* al comienzo de la acción típica ("actio praecedens"). Cuando el conductor se puso en camino carecía de la capacidad de acción a causa de su situación de inconsciencia. Únicamente puede ser sancionado, por tanto, a causa de un homicidio imprudente (§ 222) si su *culpabilidad* por imprudencia se vislumbra en haber reparado en su cansancio y poder prever, en consecuencia, la incorrección de su comportamiento posterior. En su enjuiciamiento por la comisión imprudente el delito de circulación en situación de embriaguez o bajo sustancias de efectos similares (§ 316 II), el agente comercial no se beneficia de

⁶⁷ Así, Krause, H. Mayer-Festschrift pág. 315. Por el contrario, Maurach, JuS 1961, pág. 376 también incluye en la actio libera in causa los supuestos de provocación de la legítima defensa y del estado de necesidad. Defiende una concepción restringida de la actio libera in causa en el sentido del texto principal Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 386 quien rechaza la extensión al ámbito de la capacidad de acción y pretende limitar las hipótesis de actio libera in causa a los supuestos de ausencia de culpabilidad. Siguiendo a este autor Hruschka, SchwZStr 90 (1974) pág. 76.

⁶⁸ El ejemplo es de Hruschka, JuS 1968, pág. 556.

⁶⁹ Por el contrario, no existe un supuesto de actio libera in causa sino un problema de desviación del curso causal cuando el autor pierde la capacidad de culpabilidad durante la ejecución del hecho (vgr., durante un delirio homicida) (BGH 7, 325 [329]; 23, 133 [135]). Sobre ello vid. Eser/Burkhardt, Strafrecht I núm. 17 A núm. 31.

⁷⁰ En torno a la relación de la actio libera in causa con el § 323a Paeffgen, ZStW 97 (1985) págs. 513 ss.; Roxin, Allg. Teil I § 20 núms. 70 ss.

la aplicación del § 21 si se parte de la previsibilidad subjetiva de la conducción en condiciones de embriaguez en el instante de la ingestión del "Pervitin" (OLG Koblenz MDR 1972, pág. 622; VRS 46, pág. 440).

2. Hace ya tiempo que la jurisprudencia y la doctrina han dado ese paso⁷¹. Ciertamente que la **restricción del § 20** es difícilmente compatible con su tenor literal, pero resulta materialmente justificada por cuanto la acción típica está vinculada con la *actio precedens* por una relación que resulta reprochable al autor. Esta última posee una naturaleza diversa según se trate de una *actio libera in causa* dolosa o imprudente. La primera existe cuando el autor origina dolosamente su propia incapacidad de culpabilidad (o la disminución de tal capacidad) (el delito doloso excluye la incapacidad de acción; vid. *supra* § 23 VI 2) y en esa situación comete la acción típica a la que su dolo estaba dirigido en la *actio precedens* (BGH 2, 14 [17]; 17, 259 [262]; 21, 381; BGH VRS 23, pág. 212 [213]; DAR 1985, pág. 387; BayObLG NJW 1969, pág. 1583 [1584 ss.]; VRS 64, pág. 189; VRS 61, pág. 339; OLG Schleswig NStZ 1986, pág. 511). El dolo debe dirigirse, por ende, tanto al ocasionamiento de la situación mentalmente perturbadora como a la comisión de la acción típica⁷². La formación culpable de la resolución delictiva sobre la que descansa la voluntad de acción que sigue influyendo en el hecho, resulta decisiva para admitir la aplicación del tipo doloso a pesar de la concurrencia de la incapacidad de culpabilidad en la comisión de la infracción. El dolo, como elemento director de la acción, se afianza así también como componente de la culpabilidad (*doble posición del dolo*). La culpabilidad dolosa reside en que el autor, no obstante tener conocimiento del dolo del hecho, elimina voluntariamente su capacidad de culpabilidad haciendo desaparecer con ello la posibilidad de control de la resolución delictiva que dirige la acción típica durante la ejecución del hecho⁷³. La tesis

⁷¹ La teoría de la *actio libera in causa* fue creada por Kleinschrod, *Systematische Entwicklung* págs. 25 ss., 106 ss. Acerca de su historia dogmática Hruschka, *SchwZStr* 90 (1974) págs. 55 ss.; Hettinger, *Die "actio libera in causa"* págs. 57 ss., 240 ss. El § 22 II 20 ALR contenía de modo excepcional una regulación legal del tema; al respecto vid. Hruschka, *JZ* 1989, pág. 312.

⁷² En este sentido ya, Kleinschrod, *Systematische Entwicklung* pág. 26. Asimismo, en la actualidad, BGH 23, 356 (358); BayObLG VRS 64, pág. 158; Dreher/Tröndle, § 20 núm. 19; Jakobs, *Allg. Teil* 17/66; Lackner, § 20 núms. 25 ss.; Roxin, *Allg. Teil* I § 20 núms. 68 ss.; Maurach/Zipf, *Allg. Teil* I § 36 núm. 57; Puppe, *JuS* 1980, pág. 348; H. Mayer, *Lehrbuch* pág. 243; Schönkel/Schröder/Lenckner, § 20 núm. 36; Oehler, *JZ* 1970, págs. 380 ss.; LK (11.^a) (Jähnke) § 20 núms. 79 ss.; Stratenwerth, *Allg. Teil* I núm. 549; Schmidhäuser, *Allg. Teil* págs. 386 ss.; SK (Rudolphi) § 20 núm. 30; Wessels, *Allg. Teil* núm. 417.

⁷³ Buscando también la solución de la "culpa praecedens" Burkhardt, *Tatschuld und Vorverschulden* págs. 173 ss.; Brandstetter, *Vollrausch* pág. 99; Haft, *Allg. Teil* pág. 132; Neumann, *Arthur Kaufmann-Festschrift* págs. 591 ss.; Streng, *ZStW* 101 (1989) pág. 311; Küper, *Leferenz-*

opuesta⁷⁴, que pretende conformarse con el ocasionamiento imprudente de la situación de perturbación, desconoce que sólo concurre un dolo del hecho forjado *culpablemente* (como requisito necesario para el castigo) cuando en el momento de plena responsabilidad por lo menos ha tenido lugar la puesta en marcha del *proceso directivo* destinado a la preparación del hecho; de lo contrario, únicamente existiría un dolo sin contenido alguno de culpabilidad (en este sentido también BGH VRS 23, 212 [213], mientras que la BGH VRS 23, pág. 212 [213] silencia esta cuestión).

La actio precedens no supone todavía una tentativa de delito⁷⁵. Antes bien, ésta comienza en el momento determinado por la aplicación de las reglas generales (vid. *infra* § 49 VII 4). Sin embargo, no existe una infracción del principio de culpabilidad a través del reconocimiento de la actio libera in causa dolosa⁷⁶, pues en todo caso el autor es plenamente responsable por la propia incapacidad de culpabilidad dolosamente originada, como medio para poner en marcha la ejecución de la acción típica; de este modo, se forma así el típico doble dolo de la actio libera in causa como portador del desvalor de acción y de la actitud interna respecto al hecho. Pero, no obstante, se trata de una excepción a la regla de que la incapacidad de culpabilidad “en la comisión del hecho” conduce a la impunidad, pues en la actio libera in causa, a pesar de la presencia de esa ineptitud en tal momento, tiene lugar la punibilidad del hecho⁷⁷.

Se acepta la actio libera in causa **imprudente** cuando el autor origina dolosa o negligentemente su incapacidad de acción o de culpabilidad (o, en su caso, la disminución de esta última), si pudo haber contado con que en esa situación realizaría el tipo de un concreto delito imprudente (RG 22, 413 [415]; BGH VRS 23, 213; BayObLG VRS 60, 369; OLG Celle VRS 25, 33; OLG Hamm NJW 1956,

Festschrift pág. 579; Hruschka, Strafrecht págs. 271 ss. (infracción de la obligación previa); Krümpelmann, págs. 222 ss. (posibilidad de evitar el comportamiento precedente); Schönke/Schröder/Lenckner § 20 núm. 36 (desconexión consciente de la capacidad de autocontrol); Stratenwerth, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 495; Ziegert, Vorsatz págs. 213 ss. Por el contrario, Paeffgen, ZStW 97 (1985) págs. 516 ss. niega la actio libera in causa y se remite al § 323a; asimismo, Hettinger, Die “actio libera in causa” págs. 460 ss.; Salger/Mutzbauer, NStZ 1993, pág. 568.

⁷⁴ Así, Cramer, JZ 1968, págs. 274 ss.; Hruschka, JuS 1968, pág. 558; Maurach, JuS 1961, pág. 376; Welzel, Lehrbuch pág. 156; Schwinghammer, Actio libera in causa pág. 37.

⁷⁵ Vid. *supra* § 40 VI 1 nota a pie núm. 66.

⁷⁶ Así, sin embargo, Roxin, Allg. Teil I § 20 núm. 57; Hettinger, Die “actio libera in causa” págs. 312 ss.; Horn, GA 1969, pág. 306; con anterioridad ya Katzenstein, Actio libera in causa págs. 54 ss.

⁷⁷ En el art. 12 schweiz. StGB está prevista expresamente esta excepción; vid. al respecto, Hruschka, SchwZStr 90 (1974) págs. 61 ss., así como Joerden, Strukturen págs. 45 ss.

pág. 274; OLG Köln NJW 1967, pág. 306)⁷⁸. La actio libera in causa imprudente no es una figura superflua⁷⁹ si se la restringe, como aquí se hace, a los casos en los que el ocasionamiento como tal de la incapacidad de acción no constituye una acción *típica* imprudente. Y es que si la eliminación de la capacidad de culpabilidad no se subsume bajo el tipo legal mencionado (así sucede, por ejemplo, con el emborracharse, pues ello no supone la “conducción de un vehículo en el sentido del § 316), entonces la culpabilidad por imprudencia debe ser deducida con ayuda de la figura de la actio libera in causa de un comportamiento *anterior* a la acción típica. En otros supuestos que, con frecuencia, son mencionados como ejemplos de actio libera in causa (vgr., la madre que aplasta al niño de pecho mientras duerme al haberlo metido imprudentemente en la cama con ella), existe desde luego un caso corriente de homicidio por imprudencia (§ 222).

VII. El tratamiento de la embriaguez en Derecho penal

En el **tratamiento de la embriaguez** el Derecho penal alemán contiene **principios relativamente rigurosos** que, no obstante, se encuentran en plena armonía con la conciencia jurídica⁸⁰. Por regla general existe disminución de culpabilidad con una concentración de alcohol en sangre superior al 2 ‰ (BGH 37, 231 [234]; 34, 29 [31]; BGH NStZ 1984, pág. 408; BayObLG DAR 1983, pág. 395; OLG Köln NStZ 1989, pág. 24)⁸¹. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones la embriaguez culpablemente inducida no es considerada como causa de atenuación de la pena (OGH 2, 325 [327]; BGH NJW 1953, pág. 1760; OLG Koblenz VRS 50, 24) e, incluso, en las hipótesis en las que tiene lugar una considerable disminución de la capacidad de culpabilidad se niega la mitigación de la pena de acuerdo con el § 21; sin embargo, se alzan considerables objeciones en contra de un tratamiento esquematizador que desatiende los elementos internos y externos del acontecimiento (BGH 35, 308 [312 ss.] con numerosas referencias)⁸². En De-

⁷⁸ Rechazando también la actio libera in causa en el delito imprudente *Hettinger*, GA 1989, págs. 1 ss.

⁷⁹ Así, sin embargo, *Horn*, GA 1969, págs. 289 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 58.

⁸⁰ Demanda una ampliación de los delitos dolosos cometidos por embriaguez en el tráfico viario, por medio de una interpretación rigurosa de los §§ 315c I núm. 1a, 316 I StGB, así como del § 24a I StVG *Krüger*, DAR 1984, págs. 47 ss.

⁸¹ *Hentschel/Born*, Trunkenheit im Straßenverkehr núm. 258; *Ponsold*, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin pág. 256.

⁸² Vid. *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 531 ss.; *el mismo*, Recht der Strafzumessung pág. 208.

recho penal militar el § 7 WStG excluye por regla general la atenuación punitiva de una embriaguez originada culpablemente, siempre que el hecho constituya un delito militar, atente contra el Derecho internacional bélico o se cometa en acto de servicio. Esto significa que está excluida la elección del marco punitivo especial de acuerdo con los §§ 21, 49 I, pero no aquella aminoración punitiva que tenga lugar en el marco punitivo general⁸³. En el caso de la *actio libera in causa* el autor es responsabilizado por el hecho cometido en estado de embriaguez, a pesar de que en el momento del hecho carecía de la capacidad de culpabilidad o ésta se encontraba disminuida (vid. *supra* § 40 VI)⁸⁴. Finalmente, el § 323a conmina con pena⁸⁵ el *ocasionamiento* culpable de una *embriaguez plena*, si en tal situación el autor comete una acción que no pueda ser castigada a causa del § 20⁸⁶ 87. El § 323a interviene en aquellos casos en los que la comisión posterior de una acción típica determinada no fue previsible por parte del autor. Según la BGH 10, 247 (250) para el autor debe haber sido por lo menos previsible que en estado de embriaguez podría cometer “cualesquiera excesos de índole penal”. Correcta se muestra, por el contrario, la visión más amplia según la cual se considera en sí mismo punible el ocasionamiento culpable de la embriaguez plena y, de acuerdo con ello, se interpreta el § 323a como un delito de peligro abstracto (vid. BGH 16, 124 [125]; 20, 284; BayObLG JR 1975, pág. 30)⁸⁸.

⁸³ Así, *Roxin*, Allg. Teil I § 20 núm. 48; disienten de esto último *Schölz/Lingens*, WStG § 7 núm. 10, quienes se remiten a un “viejo principio militar”.

⁸⁴ Acerca de la relación entre la *actio libera in causa* y el § 323a vid. *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand págs. 129 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 323a núms. 31 ss.; *Paefgen*, ZStW 97 (1985) págs. 513 ss.

⁸⁵ En relación con la determinación de la pena en el § 323a vid. *Bruns*, Lackner-Festschrift págs. 439 ss.; *Wolter*, NStZ 1982, págs. 58 ss.

⁸⁶ En relación con la aplicabilidad del § 323a en casos donde se duda acerca de la capacidad de culpabilidad del autor en la comisión de un hecho en estado de embriaguez BGH DRiZ 1983, pág. 450; OLG Köln VRS 68, pág. 38; *Lackner*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 663 ss.; *Tröndle*, ibídem págs. 687 ss.; *Dencker*, JZ 1984, págs. 453 ss.

⁸⁷ En torno al Derecho extranjero vid. *Waaben/Schultz/Léauté*, Die Behandlung der Trunkenheit im Strafrecht, 1960; además, *u. Weber*, Stock-Festschrift págs. 65 ss. Acerca del Derecho italiano que excluye el ocasionamiento culpable de la embriaguez de la regulación de la incapacidad de culpabilidad (art. 92 I C.p.), vid. *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 495 ss.; *Pagliaro*, Principi págs. 633 ss. Asimismo, vid. el art. 28 II, del C.p. brasileño. Tampoco en Derecho inglés es tal supuesto una causa de exclusión de la culpabilidad, vid. *Smith/Hogan*, Criminal Law pág. 197; por regla general tampoco viene a serlo en Derecho norteamericano; vid. *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo I pág. 248.

⁸⁸ Sobre la cuestión vid. *Cramer*, Vollrauschtatbestand pág. 93; *Schönke/Schröder/Cramer*, 323a núms. 1, 11. Ponía incorrectamente en duda la compatibilidad del § 330a en su redacción anterior (y del art. 263 del schweiz. StGB) con el principio de culpabilidad *Brandenberger*, Selbst-

§ 41 Conciencia de la antijuricidad y error de prohibición

Baumann, Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins, JZ 1961, pág. 564; *el mismo*, Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 533; *Binding*, Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919; *Bindokat*, Anmerkung zu BGH 15, 377, NJW 1961, pág. 1731; *Bockelmann*, Anmerkung zu OGH 3, 6, NJW 1950, pág. 830; *Börker*, Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten 1960, pág. 168; *Busch*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, grenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 165; *v. Caemmerer*, Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den BGH, en: Ansprachen aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BGH, 1975, pág. 21; *Cerezo Mir*, Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen StGB, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 473; (belgische) *Commission pour la Révision du Code pénal*, Observations usw., 1986; *Dimakis*, Der Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat, 1992; *Donini*, Il delitto contravvenzionale, 1993; *Dreher*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 207; *Ebert*, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975; *Engisch*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958) pág. 566; *Figueiredo Dias*, O problema da consciência da ilicitude em direito penal, 3.^a ed. 1987; *Frisch*, Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldaußschluß im deutschen Strafrecht, en: *Eser/Perron* (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo III, 1991, pág. 217; *Fukuda*, Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, JZ 1958, pág. 143; *Gallas*, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 155; *Gerrmann*, Gehört das Unrechtsbewußtsein zur Strafbarkeit wegen eines vorsätzlichen Delikts? SchwZStr 68 (1953) pág. 371; *Grünwald*, Zu den Varianten der eingeschränkten Schuldtheorie, Gedächtnisschrift für P. Noll, 1984, pág. 183; *Hardwig*, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, GA 1956, pág. 369; *Hartung*, Zweifelsfragen des Verbotsirrtums, JZ 1955, pág. 663; *Heitzer*, Ist der putative Rechtfertigungsgrund als Verbotsirrtum zu behandeln? NJW 1953, pág. 210; *Herdegen*, Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, en: 25 Jahre BGH, 1975, pág. 195; *Herzberg*, Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau, JA 1989, págs. 243, 294; *el mismo*, Tatbestands- oder Verbotsirrtum? GA 1993, pág. 439; *el mismo*, Zur Eingrenzung des vorsatzausschließenden Irrtums (§ 16 StGB), JZ 1993, pág. 1017; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *el mismo*, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre usw. (Teil II), ZStW 94 (1982) pág. 239; *Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969; *Hruschka*, Conscientia erronea und ignorancia bei Thomas von Aquin, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 115; *Jescheck*, Anmerkung zu BGH 10, 35, JZ 1957, pág. 551; *el mismo*, Strafrecht im Wandel, ÖJZ 1971, pág. 1; *el mismo*, Deutsche und österreichische Strafrechtsreform,

tverschuldete Zurechnungsunfähigkeit págs. 84 ss. Acerca del conjunto de la cuestión *Brandstetter*, Vollrausch págs. 109 ss.

Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 365; *el mismo*, Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik usw., ZStW 98 (1986) pág. 1; *el mismo*, Das niederländische StGB im internationalen Zusammenhang, en: *van Dijk y otros* (eds.), Criminal Law in Action, 1986, pág. 5; *el mismo*, Zum Rechtsirrtum im deutschen und italienischen Strafrecht, Recht in Ost und West, 1989, pág. 889; *el mismo*, Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales im Vergleich mit dem deutschen Recht, Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *el mismo*, Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im deutschen und spanischen Recht, Gedächtnisschrift für I. de Loyola, 1991, pág. 405; *Kaplan*, Mistake of Law, en: *Eser/Fletcher* (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo II, 1988, pág. 1125; *Armin Kaufmann*, Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, pág. 37; *el mismo*, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 75 (1958) pág. 64; *el mismo*, Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 319; *Arthur Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949 (Neudruck 1985); *el mismo*, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, pág. 653; *el mismo*, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, pág. 353; *el mismo*, Die Irrtumsregelung im E 1962, ZStW 76 (1964) pág. 543; *el mismo*, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 185; *Kerscher*, Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht usw., Diss. München 1969; *Kiefner*, Die gegenwärtige Bedeutung der Maxime "Nul n'est censé ignorer la loi", Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1967, pág. 87; *Kienalpfel*, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ 1976, pág. 113; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *el mismo*, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA 1990, pág. 407; *Kramer/Trittel*, Die Bindungswirkung der Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB, JZ 1980, pág. 393; *Krümpelmann*, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968, pág. 129; *el mismo*, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beiheft Budapest, 1978, pág. 6; *Küper*, Die dämonische Macht des "Katzenkönigs" usw., JZ 1989, pág. 617; *Küpper*, Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik, 1990; *Kunz*, Strafausschluß oder -milderung bei Tatveranlassung durch falsche Rechtsauskunft? GA 1983, pág. 457; *Lange*, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953, pág. 9; *el mismo*, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, JZ 1956, pág. 73; *el mismo*, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, pág. 519; *el mismo*, Nur eine Ordnungswidrigkeit? JZ 1957, pág. 233; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *el mismo*, Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976, pág. 193; *el mismo*, Gesetzlichkeitsprinzip und Strafmilderungsgründe, Festschrift für H. Dünnebier, 1982, pág. 421; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, GA 1990, pág. 435; *Lang-Hinrichsen*, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR 1952, pág. 184; *el mismo*, Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952, págs. 302, 356; *el mismo*, Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH, JZ 1953, pág. 362; *el mismo*, Zur Frage der Schuld bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, GA 1957, pág. 225; *el mismo*, Die kriminalpolitischen

Aufgaben der Strafrechtsreform, Verhandlungen des 43. DJT, Tomo I, 1960, pág. 5; *Lenckner*, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 165; *Loos*, Bemerkungen zur "historischen Auslegung", Festschrift für R. Wassermann, 1985, pág. 123; *Maiwald*, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; *Mangakis*, Das Unrechtsbewußtsein in der strafrechtlichen Schuldlehre nach deutschem und griechischem Recht, 1954; *J. Meyer*, Verbotsirrtum im Ordnungswidrigkeitenrecht, JuS 1983, pág. 513; *Mezger*, Fiktion und Analogie beim sog. Verbotsirrtum, NJW 1961, pág. 869; *Mir Puig*, Der Irrtum als Unrechts-und/oder Schuldtausschließungsgrund im spanischen Strafrecht, en: *Eser/Perron* (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo III, 1991, pág. 291; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Naka*, Apellfunktion des Tatbestandsvorsatzes, JZ 1961, pág. 210; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *el mismo*, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, DRiZ 1953, pág. 20; *Noll*, Das Unrechtsbewußtsein im schweiz. Strafrecht, Schweizer Beiträge zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1954, pág. 209; *el mismo*, Tatbestand und Rechtswidrigkeit usw., ZStW 77 (1965) pág. 1; *Nowakowski*, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 61 (1953) pág. 379; *el mismo*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Oehler*, Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, Berliner Festschrift zum 41. DJT, 1955, pág. 255; *Otto*, Der vorsatzausschließende Irrtum in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Gedächtnisschrift für K. Meyer, 1990, pág. 583; *el mismo*, Der Verbotsirrtum, Jura 1990, pág. 645; *Paeffgen*, Fotografieren von Demonstranten usw., JZ 1978, pág. 738; *el mismo*, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 399; *Platzgummer*, Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964; *el mismo*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfes usw., JBl 1971, pág. 236; *el mismo*, Vorsatz und Unrechtsbewußtsein, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, Tomo I, 1974, pág. 49; *Pulitanò*, L'errore di diritto nella teoria del reato, 1976; *Robinson*, Criminal Law Defenses, Tomo I, 1984; *Roxin*, Die Irrtumsregelung des E 1960 und die strenge Schuldtheorie, MSchrKrlm 1961, pág. 211; *el mismo*, Die Behandlung des Irrtums im E 1962, ZStW 76 (1964) pág. 582; *el mismo*, Literaturbericht, ZStW 78 (1966) pág. 214; *el mismo*, Literaturbericht, ZStW 82 (1970) pág. 675; *el mismo*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *el mismo*, Über die mutmaßliche Einwilligung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 447; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969; *el mismo*, Anmerkung zu KG vom 24.3.1977, JR 1977, pág. 380; *el mismo*, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein usw., en: *Bönnner/de Boor* (eds.), Unrechtsbewußtsein, 1982, pág. 1; *el mismo*, Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 73; *el mismo*, Anmerkung zu BayObLG vom 8.9.1988, JR 1989, pág. 387; *Sax*, Kriminalpolitik und Strafrechtsreform, JZ 1957, pág. 1; *el mismo*, Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf usw., ZStW 69 (1957) pág. 412; *Schaffstein*, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Göttinger Festschrift für das OLG

Celle, 1961, pág. 175; *el mismo*, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, MDR 1951, pág. 196; *Schewe*, Bewusstsein und Vorsatz 1967; *Schick*, Die Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums bei Handeln auf falschen Rat, Strafrechtliche Probleme 8, 1980, pág. 105; *Schlegtendal*, Tatbestand, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei den Ordnungswidrigkeiten, Diss. Freiburg 1957; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983; *la misma*, Grundfälle zum Bewertungsirrtum usw., JuS 1985, pág. 373; *Schmidhäuser*, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 317; *el mismo*, Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 81; *el mismo*, Unrechtsbewußtsein und Schuldgrundsatz, NJW 1975, pág. 1807; *el mismo*, Der Verbotsirrtum und das Strafgesetz, JZ 1979, pág. 361; *Eb. Schmidt*, Anmerkung zu OLG Oldenburg vom 20.6.1950, SJZ 1950, pág. 837; *Schröder*, Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 290; *Schroth*, Die Annahme und das "Für-Möglich-Halten" von Umständen, die einen anerkannten Rechtfertigungsgrund begründen, Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pág. 595; *B. Schünemann*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: *Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 1; *el mismo*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform usw., GA 1985, pág. 341; *H.-W. Schünemann*, Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis, NJW 1980, pág. 735; *Spendel*, Das Unrechtsbewußtsein in der Verbrechenssystematik, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 89; *Strien*, Einflüsse des deutschen Strafrechts auf die jüngere Strafrechtsreformbewegung in Spanien, 1992; *Strauss*, Verbotsirrtum und Erkundigungspflicht, NJW 1969, pág. 1418; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *el mismo*, Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW 81 (1969) pág. 869; *Timpe*, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, GA 1983, pág. 51; *Warda*, Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WStG usw., JR 1950, pág. 546; *el mismo*, Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW 1953, pág. 1052; *el mismo*, Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtums, ZStW 71 (1959) pág. 252; *el mismo*, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewußtsein, Festschrift für H. Weizel, 1974, pág. 499; *el mismo*, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 119; *v. Weber*, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, JZ 1951, pág. 260; *el mismo*, Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 183; *Welzel*, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, ZStW 67 (1955) pág. 196; *el mismo*, Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, JZ 1955, pág. 142; *el mismo*, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, pág. 238; *el mismo*, Diskussionsbemerkung zum Thema "Die Irrtumsregelung im Entwurf", ZStW 76 (1964) pág. 619; *Wolter*, Schuldhaftes Verletzen einer Erkundigungspflicht, JuS 1979, pág. 482; *Zaczyk*, Der verschuldete Verbotsirrtum BayObLG NJW 1989, pág. 1744, JuS 1990, pág. 889; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1988.

I. La conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad

1. Sólo actúa culpablemente quien puede darse cuenta de que su comportamiento está prohibido. El reconocimiento de este principio por parte de la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal de fecha 18.3.1952 (BGH 2, 194 [201]), constituye un **hito en la historia reciente del Derecho penal alemán**. Es cierto que las repercusiones prácticas de este cambio son limitadas, pues la jurisprudencia ya consideraba suficiente para la culpabilidad dolosa el error de prohibición vencible y demandaba presupuestos rigurosos para apreciar su invencibilidad; no obstante, a través de la exigencia de la conciencia de la antijuricidad como requisito para el reproche culpabilístico se despejó el camino para el pleno desarrollo del principio de culpabilidad (acerca de su historia precedente vid. la 2.^a ed. de esta obra págs. 228, 338)¹. El legislador concluyó este desarrollo en el año 1975 por medio de la introducción del § 17. De este precepto se deriva a *sensu contrario* que el conocimiento de la ilicitud es un requisito para la plena culpabilidad. Lo que sí regula positivamente tal disposición es el error de prohibición: Si en el autor falta la conciencia del injusto actúa sin culpabilidad siempre que su desconocimiento fuera invencible (inciso primero). Si aquél pudo evitar el error, entonces la pena determinada por el tipo doloso puede ser atenuada de acuerdo con el § 49 I (inciso segundo). La conciencia del injusto viene a erigirse así en el núcleo central del reproche de culpabilidad, puesto que la resolución a cometer el hecho adoptada con pleno conocimiento de su contrariedad a la norma jurídica evidencia del modo más claro posible la ausencia de una actitud jurídica interna que perjudica al autor. La llamada por parte de la norma jurídica a la fidelidad al Derecho tenía que haber repercutido inmediatamente sobre la formación de la voluntad del autor. Quien, en lugar de aquélla, se revela conscientemente en contra del Derecho, manifiesta con ello una posición opuesta a la pretensión de validez del bien jurídico protegido penalmente que es opuesta a la que posee un ciudadano prudente. Pero incluso cuando se encuentre ausente en el autor el conocimiento del injusto que resulta necesario para el pleno reproche de culpabilidad o, con otras palabras, cuando exista en él un error de prohibición, también tiene lugar tal juicio de reproche. Esto sucede cuando el error fue vencible. También en este caso permanece la punibilidad por el hecho *doloso* de acuerdo con el § 17, inciso segundo, pues el autor ha realizado consciente y voluntariamente las circunstancias que fundamentan el juicio de

¹ Vid. *Schmidhäuser*, NJW 1975, pág. 1808; v. *Caemmerer*, BGH-Ansprachen pág. 34; *Krümpelmann*, ZStW Beiheft Budapest 1978 págs. 7 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 7.

antijuricidad. Sin embargo, debido a la ausencia del conocimiento actual de la ilicitud la culpabilidad viene a ser, por regla general, menor. El carácter meramente facultativo de la atenuación de la pena del delito doloso no contradice el principio de culpabilidad (BVerfGE 41, 121).

2. A pesar de que la conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad estaba generalmente reconocida con anterioridad a la introducción del § 17, su posición en la estructura del concepto de culpabilidad permaneció siendo discutida. Una minoría partidaria de la **teoría del dolo**² situaba como núcleo central de éste a la conciencia de la antijuricidad junto con el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo (*dolus malus*), de modo que faltando la mencionada conciencia la pena por el delito doloso nunca podía entrar en juego. Por el contrario, la anteriormente también dominante **teoría de la culpabilidad**³ consideró a la conciencia de la ilicitud como un elemento autónomo de la culpabilidad, de forma que a pesar de la ausencia de tal conocimiento podía justificarse la pena del delito doloso en el supuesto en el que el error de prohibición fuera vencible.

El Derecho vigente desde la reforma del año 1975 parte de la distinción entre error de tipo (§ 16) y error de prohibición (§ 17)⁴. La regulación del error de

² Así, por ejemplo, *Baumann*, Allg. Teil 5.^a ed. págs. 420 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 424; *Hardwig*, GA 1956, pág. 575; *Langer*, Das Sonderverbrechen págs. 356 ss.; *el mismo*, GA 1976, pág. 193; *Lang-Hinrichsen*, JR 1952, págs. 184, 302, 356; *el mismo*, JZ 1953, pág. 362; *el mismo*, DJT-Gutachten págs. 102 ss.; *LK* (8.^a) (*Mezger*) § 59 comentario 17 III; *Oehler*, Berliner Festschrift pág. 259; *Schönke/Schröder*, 17.^a ed. pág. 59 núms. 81 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil 1.^a ed. pág. 327, 2.^a ed. pág. 419; *H.-W. Schünemann*, NJW 1980, pág. 738; *Spendel*, Tröndle-Festschrift págs. 99 ss.

³ Así, por ejemplo, *Bockelmann*, NJW 1950, pág. 830; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 125; *Busch*, Moderne Wandlungen pág. 9; *el mismo*, Mezger-Festschrift pág. 168; *Graf zu Dohna*, Verbrechenlehre pág. 51; *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario II 2 h; *Gallas*, Beiträge pág. 56 nota a pie núm. 89; *Maurach*, Allg. Teil 4.^a ed. págs. 468 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 37 núm. 60; *Mezger/Blei*, Allg. Teil 15.^a ed. págs. 207; *Niese*, Finalität págs. 33 ss.; *Schaffstein*, Göttinger-Festschrift págs. 175 ss.; *Eb. Schmidt*, SJZ 1950, pág. 837; *Dreher*, 34.^a ed. § 59 comentario II E 3; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 31 antes del § 13; *Warda*, JR 1950, págs. 546 ss.; *v. Weber*, Grundriß pág. 122; *Welzel*, Lehrbuch págs. 164 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I 1.^a ed. núm. 612, 3.^a ed. núm. 582; *Wessels*, Allg. Teil núm. 462.

⁴ Acerca de las dificultades en la delimitación entre uno y otro error que se derivan, por un lado, de la utilización de elementos normativos y de valoración global del hecho y, por otro, de la existencia de normas penales en blanco, *Baumann*, Welzel-Festschrift págs. 533 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 12 núms. 84 ss.; *Frisch*, Der Irrtum págs. 225 ss.; *Arthur Kaufmann*, Lackner-Festschrift pág. 190; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 12 con numerosas referencias jurisprudenciales; además, *Dreher/Tröndle*, § 17 núm. 11 (vid. también *infra* § 41 II 2 d). El error acerca del deber de contribución fiscal que según las BGH 5, 90 (92); BayObLG NJW 1976, pág. 635 constituye un error de tipo y, por ello, entra en contradicción con el castigo previsto en el § 370 AO, es considerado por *Maiwald*, Unrechtskenntnis págs. 15 ss. como un error de prohibición que deja intacto el dolo.

prohibición toma por base la teoría de la culpabilidad⁵. Esto se deduce del hecho de que el error vencible de prohibición deja intacto el dolo según el § 17, inciso segundo, y conduce sólo a una atenuación facultativa de la pena del delito doloso conforme al § 49 I. También la nueva regulación del error de prohibición en el Derecho administrativo sancionador (§ 11 II OWiG) descansa sobre la teoría de la culpabilidad⁶. El § 5 I WStG regula un supuesto especial de error de prohibición (vid. *infra* § 46 II 3b).

3. El Derecho vigente también ha traído consigo una claridad esencial para el **contenido de la conciencia de la antijuricidad** pues se menciona al “injusto” como objeto del conocimiento de la prohibición. Por el contrario, el legislador ha dejado abierta la cuestión relativa a la precisión de la conciencia de la antijuricidad.

a) En cualquier caso, el **objeto de la conciencia de la ilicitud** no es el conocimiento de la proposición jurídica infringida o de la punibilidad del hecho (BGH 15, 377 [382 ss.]). Más bien, es suficiente con que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por ello, está *jurídicamente* prohibido⁷. Con otras palabras: es suficiente con el conocimiento de la *antijuricidad material*, si bien “como conocimiento del lego” (BGH

⁵ Dreher, Heinitz-Festschrift pág. 211; Dreher/Tröndle, § 17 núm. 2; Loos, Wassermann-Festschrift pág. 127; Lackner, § 17 núm. 1; Roxin, Allg. Teil § 21 núm. 7; Jakobs, Allg. Teil 19/18; Schönke/Schröder/Cramer, § 17 núm. 3; SK (Rudolphi) § 17 núm. 1; Stree, en: Roxin y otros, Einführung pág. 50; Tiedemann, ZStW 81 (1969) pág. 869; AK (Neumann) § 17 núm. 1. Por el contrario, Schmidhäuser, NJW 1975, pág. 1810; *el mismo*, JZ 1979, pág. 369 y Langer, GA 1976, págs. 206, así como en GA 1990, pág. 456 nota a pie núm. 69 pretenden interpretar el § 17 según la teoría del dolo en atención al principio de culpabilidad. Crítico también con la regulación del § 17, inciso segundo, Otto, Grundkurs pág. 210; Arthur Kaufmann, Lackner-Festschrift págs. 186 ss.; H.-W. Schünemann, NJW 1980, págs. 741 ss. Acerca de la cuestión vinculante de la BVerfGE 41, 121 Kramer/Trittel, JZ 1980, pág. 393 con la réplica de Schmidhäuser, *ibidem* pág. 396.

⁶ Vid. Göhler, § 11 OWiG núms. 20 ss. Pueden encontrarse objeciones a ello en Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht Allg. Teil págs. 212 ss.; *el mismo*, ZStW 81 (1969) pág. 874.

⁷ Vid. Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein págs. 154 ss.; *el mismo*, ZStW 76 (1964) pág. 554; Dreher/Tröndle, § 17 núm. 3; Kohlrausch/Lange, § 59 comentario II 2h; Lackner, § 17 núm. 2; Schönke/Schröder/Cramer, § 17 núm. 5; SK (Rudolphi) § 17 núms. 3 ss.; Welzel, Lehrbuch pág. 171; Otto, Jura 1990, págs. 645 ss. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein págs. 59 ss. exige acertadamente el conocimiento de que la norma ético-social infringida ha encontrado reconocimiento *jurídico*. Es suficiente con la aceptación de una infracción administrativa (BGH 11, 263 [266]; OLG Düsseldorf NJW 1987, pág. 78); de otra opinión, LK (11.^a) (Schroeder) § 17 núm. 8. Según LK (11.^a) (Schroeder) § 17 núm. 7 por lo general es *necesaria* la conciencia de la punibilidad (como en Feuerbach). En contra se pronuncia unánimemente la jurisprudencia; vid. BGH 2, 202; 10, 41; 15, 383.

10, 35 [41]). Por otro lado, la conciencia de la contrariedad a las costumbres no fundamenta el conocimiento del injusto (BGH GA 1969, pág. 61). No obstante, a menudo es precisamente esa misma conciencia la que hace aparecer al error de prohibición como vencible, puesto que el autor tenía motivos para dudar acerca de la valoración jurídica de su acción. El conocimiento de la antijuricidad material significa que el autor cree estar infringiendo una norma penal, civil o administrativa (BGH 11, 263 [266])⁸.

Ejemplos de casos fronterizos: La esposa que tiene noticia del robo planificado por su marido y que no hace nada para hacerle cambiar de opinión o evitar el hecho de otro modo, desconocerá posiblemente el deber de denuncia (§ 138) o la obligación de impedir el hecho (§ 139 III) aunque no considere correcto su silencio (BGH 19, 295 [299]). El joven agricultor que mantiene relaciones sexuales con una mujer oligofrénica, pero con inclinaciones especialmente impulsivas de tal naturaleza, posiblemente no sea consciente de la prohibición jurídica del § 179 I núm. 1, II, aún cuando estime por impúdica su acción (BGH JR 1954, pág. 188). Alguien graba en una cinta magnetofónica una conversación telefónica sin conocimiento de la otra parte; considera su actuación como inconveniente pero no conoce la prohibición penal del § 201 I núm. 1.

Para el conocimiento del injusto basta con la conciencia de estar atentando contra una *norma jurídica formalmente válida*, pues en este caso el autor sabe de todos modos que contraviene el Derecho vigente por muy convencido que esté de la utilidad social de su comportamiento (AG Düsseldorf NJW 1985, pág. 1971: no existe posibilidad de deducción impositiva por una donación indirecta a un partido político). Al igual que quien actúa forzado por motivos de conciencia (BVerfGE 12, 45 [55]), el *autor por convicción* posee en todo caso la conciencia del injusto cuando sabe que la norma que desatiende concuerda formal y materialmente con la Constitución (vid. BVerfGE 32, 98; BGH 2, 194 [208])⁹.

Ejemplos: La transgresión del Reglamento de Policía acerca de la prohibición de la consulta popular acerca de una nueva militarización, tuvo lugar con conocimiento del injusto aunque los autores creyeran que el desarrollo de Alemania era funesto y que debían impedirlo mediante una apelación a la voluntad popular (BGH 4, 1 [3]; lo

⁸ Por el contrario según *AK (Neumann)* § 17 núms. 21 ss., la conciencia del injusto presupone el conocimiento de estar atentando contra una norma provista de una *sanción*, por lo que no debería bastar con el conocimiento de un injusto disciplinario (acertadamente en contra, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 5).

⁹ Asimismo, *Ebert*, *Überzeugungstäter* pág. 54. *Jakobs*, Allg. Teil 19/24; *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 15; *Lackner*, § 17 núm. 2; *LK* (11.^a) (*Schroeder*) § 17 núm. 20; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein pp 188 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 7; *Schmidhäuser*, H. Mayer-Festschrift pág. 334; *Küper*, JZ 1989, pág. 622.

mismo debe admitirse para el padre que siendo testigo de Jehová rehusa llevar a cabo un imprescindible intercambio de sangre con su hijo [OLG Hamm NJW 1968, pág. 212]. Vid. también la BayObLG MDR 1966, pág. 693 relativa al abandono del servicio oficial; LG Berlin y KG JZ 1976, pág. 98 [99] en torno a unos daños materiales cometidos por motivación política). vid., asimismo, *supra* § 37 II 3).

b) En la mayoría de las ocasiones el autor será una conciencia *precisa* sobre la ilicitud de su hecho. Esto rige sin más en relación con los hechos que todo el mundo sabe que están prohibidos (homicidio, hurto, falso testimonio, incendio). No obstante, sobre todo por lo que importa al Derecho penal especial, también basta con que el autor sopesa seriamente la antijuricidad de su comportamiento y se conforme con la posibilidad de atentar contra el Derecho (**conocimiento eventual del injusto**) (BGH LM § 59 núm. 6; BGH JR 1952, pág. 285; BGH 4, 1 [4]; detalladamente sobre la cuestión OLG Düsseldorf MDR 1984, pág. 866)¹⁰. En parte se admite que ante dudas sobre la antijuricidad que no son fáciles de disipar (vid. el caso resuelto por la OLG Bremen NJW 1960, pág. 163), ciertamente cabe excluir el error de prohibición, pero podría admitirse una atenuación punitiva por aplicación analógica del § 17 o, incluso, la impunidad¹¹. De acuerdo con la concepción aquí expuesta, existe pleno conocimiento del injusto si, en caso de duda, el autor se conforma con la transgresión del Derecho, pues de lo contrario nos encontramos ante un error de prohibición cuya vencibilidad (acerca del deber de informarse vid. BGH 21, 18 [21]) conduce a la atenuación facultativa del § 17, inciso segundo, y, en otro caso, a la impunidad de acuerdo con el § 17, inciso primero¹².

c) En muchos casos el autor poseerá claramente una conciencia *actual* del injusto. Este es sobre todo el caso de delitos planificados con mucha antelación

¹⁰ Por el contrario, *Blei*, Allg. Teil pág. 199; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 386; *Warda*, *Welzel-Festschrift* pág. 524 pretenden aceptar únicamente la conciencia de la antijuricidad allí donde se conozca la prohibición. Sin embargo, para el caso en el que el autor posea serias dudas acerca de su comportamiento, lo correcto es preguntarse si, como en el dolo eventual, el autor se conformaba con la infracción del Derecho o había confiado en actuar conforme al mismo; de la misma opinión, *Dreher/Tröndle*, § 17 núm. 5; *Paeffgen*, JZ 1978, pág. 745; *LK* (11.^a) (*Schroeder*) § 17 núm. 23; *Rudolphi*, *Unrechtsbewußtsein* págs. 136 ss.; *Kienappel*, ÖJZ 1976, pág. 116.

¹¹ Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 199; *Armin Kaufmann*, ZStW 70 (1958) pág. 86; *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 33; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 19; *SK* (*Rudolphi*) § 17 núm. 13; *Kunz*, GA 1983, págs. 468 ss.; *Warda*, *Welzel-Festschrift* págs. 526 ss.; *el mismo*, *Lange-Festschrift* pág. 146.

¹² En el sentido del texto, *Lackner*, § 17 núm. 4. Por el contrario, *Dimakis*, *Der Zweifel* pág. 121 opta por un criterio basado en la alta probabilidad de la antijuricidad, considerando la existencia de un error de prohibición cuando se está por debajo de aquélla.

y que se llevan a cabo de acuerdo con el proyecto trazado. Sin embargo, es también suficiente con que **se encuentre latente** en el *estrato personal* (vid. *supra* § 37 III 2) una **imagen del injusto**, aunque ni siquiera se llegue a actualizar en el hecho cometido. Esto es precisamente lo que con frecuencia sucede en los delitos cometidos por arrebató¹³.

d) La conciencia de la antijuricidad debe abarcar el contenido de injusto *específico* de la figura de delito en cuestión (BGH 15, 377 [383]; BGH VRS 65, pág. 127), algo que comporta un rechazo de la teoría del Derecho común del “*versari in re illicita*”. Puesto que la conciencia del injusto sólo consiste en el conocimiento de la antijuricidad del hecho precisamente bajo el punto de vista jurídico de la correspondiente disposición penal infringida, dicha conciencia puede estar en parte presente o presente para los supuestos de concurrencia de diversas normas penales en un concurso real (“*tatmehrheit*”) o ideal (“*tateinheit*”) de delitos (principio de la “**divisibilidad de la conciencia del injusto**”)¹⁴.

Ejemplos: El padastro que, procedente de Yugoslavia, mantiene relaciones con su hijastra menor de edad era ciertamente consciente de la antijuricidad del hecho como incesto con un pariente (§ 174 núm. 1 en su redacción anterior) y adulterio (§ 172 en su redacción anterior), pero posiblemente actuó bajo un error de prohibición en atención al incesto impropio (§ 173 II 2 en su redacción anterior) pues éste era desconocido en el Derecho yugoslavo (por lo demás, al igual que ahora en Alemania) (BGH 10, 35 [39] con comentario de *Jescheck*, JZ 1957, pág. 551; de una opinión distinta con anterioridad BGH 3, 342). Asimismo, un turista italiano que tiene acceso carnal con su anterior hija menor de dieciocho años podría ser punible de acuerdo con el § 174 I núm. 3, pero impune por el § 173 I a causa de un error de prohibición, debido a que en el art. 564 C.p. italiano sólo se conmina con pena el incesto que causa escándalo público. Quien conoce el injusto del tipo básico posee también la conciencia del especial contenido de

¹³ Vid. la distinción entre la conciencia del injusto bajo una “representación lingüística” y bajo una “representación material” en *Schmidhäuser*, H. Mayer-Festschrift pág. 331; Allg. Teil págs. 424 ss.; NJW 1975, pág. 1811; asimismo, *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein pág. 166. En el mismo sentido hablan *Platzgummer*, Bewußtseinsform págs. 83 ss. de “co-conciencia”; *Schewe*, Bewußtsein págs. 135 ss., 147 ss. de “estar orientado”. Vid., igualmente, la doctrina mayoritaria; vid. *Horn*, Verbotsirrtum pág. 43; *LK* (11.^a) (*Schroeder*) § 17 núm. 26; *Jakobs*, Allg. Teil 8/12 (acerca del dolo); *Roxin*, ZStW 78 (1966) pág. 257; *SK* (*Rudolphi*) § 17 núm. 14; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 9; *Kienapfel*, ÖJZ 1976, pág. 115.

¹⁴ Esta es la opinión generalizada; vid. *Engisch*, ZStW 70 (1958) págs. 569 ss.; *Warda*, NJW 1953, pág. 1052; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 38 núm. 40; *Roxin*, Allg. Teil § 21 núm. 16; *Rudolphi*, Unrechtsbewußtsein pág. 78; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 8; *Welzel*, Lehrbuch págs. 171 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 428. También falta la conciencia de la antijuricidad cuando el autor interpreta su comportamiento como antijurídico sobre la base de una norma que realmente no existe (*error de prohibición inverso o doble*); vid. *SK* (*Rudolphi*) § 17 núm. 10.

injusto del tipo cualificado (BGH 8, 321 [324]; 15, 377 [383])¹⁵. No obstante, la conciencia de la injuria (§ 185) no comprende sin más el tipo de injusto del § 90b (BGH StV 1982, pág. 218).

4. En todos los casos en los que la antijuricidad del hecho resulta evidente y el autor es adulto y plenamente culpable, la existencia de la conciencia del injusto no requiere de ninguna prueba adicional. De ahí que sólo se precise realizar en la sentencia la verificación expresa de tal circunstancia cuando el acusado ha *alegado* error de prohibición (vid. § 267 StPO) o cuando se deriven *fundadas dudas* acerca de su conciencia acerca de la antijuricidad por ser, por ejemplo, un extranjero, por no pertenecer la norma al núcleo básico del Derecho penal, por ser dudosa su interpretación o porque el autor puede haber creído en la intervención de una causa de justificación (en la incapacidad de culpabilidad se da la correspondiente relación regla general-excepción, vid. *supra* § 40 I 3).

II. El error sobre la norma de prohibición (error de prohibición directo)

1. **El error de prohibición es la equivocación acerca de la antijuricidad del hecho** (en relación con su distinción del error de tipo *supra* § 29 V 1b)¹⁶. En la sentencia fundamental sobre el tema —antes citada— del BGH se afirma al respecto: “El error sobre la antijuricidad afecta a la existencia de la prohibición de la acción típica. El autor sabe lo que hace pero cree erróneamente que está permitido” (BGH 2, 194 [197]). Pero el error de prohibición no es sólo la aceptación positiva de que el hecho está permitido sino también, al igual que en el error de tipo (vid. *supra* § 29 V 1a), la *ausencia de una representación* acerca de la valoración jurídica del hecho¹⁷. Al objeto de incluir también este caso frecuente el § 17, inciso primero, reza expresamente: “Si en la comisión del hecho *falta* en el autor la *comprensión* de comportarse ilícitamente, entonces actúa sin culpabilidad...” (vid. BT-Drucksache V/4095 pág. 9).

a) Hay que distinguir **dos supuestos básicos del error de prohibición**. De un lado, puede ser que el autor no perciba como tal la norma de prohibición que

¹⁵ Asimismo, *Schmidhäuser*, NJW 1975, págs. 1812 ss.; de otra opinión, *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 17; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 38 núm. 41 con referencias adicionales.

¹⁶ Vid. *Busch*, *Mezger-Festschrift* pág. 168; *Herzberg*, GA 1993, pág. 449 y JZ 1993, pág. 1017; *Otto*, Jura 1990, págs. 645 ss.

¹⁷ Vid. al respecto BayObLG JR 1963, pág. 229; *Armin Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 319 ss.; *Arthur Kaufmann*, ZStW 76 (1964) pág. 557; *Roxin*, ZStW 76 (1964) pág. 607; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 50; *Welzel*, ZStW 76 (1964) pág. 620.

se refiere al hecho y que por ello tenga por permitida su acción (**error de prohibición directo**). Este error puede obedecer a que al autor no le sea conocida la norma de prohibición o a que, aún conociéndola, la ha interpretado equivocadamente y por ello cree que no resulta aplicable (BGH VRS 65, 127; OLG Düsseldorf NJW 1986, pág. 2001). También constituye error de prohibición directo aquel que recae sobre los elementos de la valoración global del hecho, en la medida en que lo que se cuestiona es el juicio de valor y no el contenido fáctico que le sirve de base (por ejemplo, la “reprochabilidad” de la relación medio a fin en el § 240 II) (vid. *supra* § 25 II 2). De otro lado, existe la posibilidad de que el autor que actúa en pleno conocimiento de la prohibición como tal, crea erróneamente en el caso concreto en la intervención de una norma contraria de naturaleza justificante por haber desconocido los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida, o acepte en su beneficio una causa de justificación que no está acogida por el Ordenamiento jurídico (**error de prohibición indirecto**)¹⁸ (acerca de este último vid. *infra* § 41 III 1).

b) El error de prohibición puede ser vencible o invencible¹⁹. El **error de prohibición invencible** no puede conducir a un reproche del autor, pues quien no está en la situación de comprender el injusto del hecho no manifiesta una actitud jurídica interna reprochable cuando atenta contra el Derecho. Esta clase de error excluye, pues, la culpabilidad. Por el contrario, en el de carácter *vencible* surge la pregunta de en qué grado y sobre qué fundamento puede ser expresado el reproche de culpabilidad. Al respecto debe decirse básicamente lo siguiente: como en un Estado de Derecho de carácter liberal el ciudadano debe dejarse llevar por una conducta adecuada a la norma, el Ordenamiento jurídico demanda de él que se esfuerce en todo momento para permanecer en armonía con las exigencias del Derecho (BGH 2, 194 [201]). De ahí que también pueda expresarse un reproche de culpabilidad cuando, en relación con la adecuación a

¹⁸ Coincidiendo en este punto LK (11.^a) (Schroeder) § 17 núm. 9; Schönke/Schröder/Cramer, § 17 núm. 10; Kienapfel, ÖJZ 1976, pág. 115; Schmidhäuser, Allg. Teil pág. 439; Nowakowski, JBl 1972, pág. 30; Wessels, Allg. Teil núms. 468, 486; AK (Neumann) § 17 núms. 27 ss. En el mismo sentido Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 38 núms. 14 ss. distinguen entre error de prohibición “abstracto” y “concreto”; asimismo, Lackner, § 17 núm. 6.

¹⁹ Jakobs, Allg. Teil 19/7, 19/11 distingue aquí entre “error fundamental”, que puede ser invencible en supuestos de déficits de socialización (AG Grevenbroich MDR 1983, pág. 597), y el “error en la esfera disponible”. Para la delimitación del error de prohibición vencible pretenden Roxin, Henkel-Festschrift págs. 187 ss.; el mismo, Allg. Teil I § 21 núm. 42 y Rudolphi, Das virtuelle Unrechtsbewußtsein, pág. 28 acogerse a las exigencias de la prevención general. Sin embargo, con ello se extiende incorrectamente el criterio del merecimiento de pena a una cuestión completamente independiente como es el error de prohibición; en contra, también Rudolphi, JR 1989, pág. 390.

Derecho de su comportamiento, el autor actuaba “de buena fe” pero habiendo omitido los esfuerzos que le son exigibles en el conocimiento del Derecho.

2. Por ello, también puede estar justificada la emisión de un pleno reproche de culpabilidad en los casos de **error de prohibición vencible** de acuerdo con el § 17, inciso segundo. El error de prohibición no afecta, pues, al dolo del hecho²⁰.

a) Tanto porque existe una diferencia valorativa entre quien conscientemente actúa contra el Derecho y quien lo hace de modo inconsciente²¹, aunque este último caso la acción transgresora ocurra a través de un error de prohibición vencible, como porque la vencibilidad de éste no sólo es apreciable en los casos de una infracción jurídica manifiesta, debe poder ser aceptada una atenuación de la pena en el segundo caso (de acuerdo con el § 49 I²²). La minoración, sin embargo, es meramente facultativa pues existen casos en los que el error de prohibición vencible es equiparable en cuanto a su contenido de culpabilidad al pleno conocimiento de la prohibición (ceguera jurídica, indiferencia consciente frente al Derecho) (vid. *infra* § 41 II 2c).

b) Mientras que el tratamiento del error de prohibición vencible a través del § 17, inciso segundo, queda claro en el sentido de que entra en juego la pena del delito doloso con la posibilidad de una atenuación facultativa de ésta, en cambio, resultan discutidos los **criterios para el enjuiciamiento de la vencibilidad del error de prohibición**²³. El criterio para medir ésta únicamente puede ser el

²⁰ Acerca de la equiparación en Tomás de Aquino del error de prohibición vencible y la plena conciencia de la antijuricidad (“[ignorantia] semper excusat, nisi ipsa ignorantia sit peccatum”) vid. *Hruschka*, *Welzel-Festschrift* págs. 115 ss. Demostrando que el fundamento de tal equiparación no radica en la denominada ética de la responsabilidad (en contraste con una ética de la actitud interna), *Schmidhäuser*, *Gallas-Festschrift* pág. 87. Al respecto vid. también *Bockelmann/Volk*, *Allg. Teil* págs. 124 ss.; *Ziegert*, *Vorsatz* pág. 168, quien acepta una combinación “de un elemento del injusto doloso y de la culpabilidad imprudente”. De forma similar también *Küpper*, *Grenzen* pág. 178.

²¹ Vid. el comentario del fundador de la teoría del dolo (*Binding*, *Die Schuld* pág. 18): “en ningún caso es imaginable la existencia de un contraste más profundo como aquel que existe entre la culpabilidad jurídica y ética que se rebela frente al Derecho y la ley moral y aquella que supone un menoscabo inconsciente de uno y otra”.

²² *Jakobs*, *Allg. Teil* 19/50 pretende aplicar incluso más ampliamente el § 49 II.

²³ Detenidamente sobre la cuestión *Rudolphi*, *Unrechtsbewußtsein* págs. 217 ss.; *SK*, (*Rudolphi*) § 17 núms. 24 ss.; *Krümpelmann*, *ZStW Beiheft Budapest* 1978 págs. 33 ss. *Horn*, *Verbotsirrtum* págs. 99 ss. sólo acepta el punto de apoyo consistente en esforzarse en conocer el injusto cuando, como mínimo, el autor *crea posible* estar actuando ilícitamente. Sin embargo, la vencibilidad del error de prohibición no puede entenderse desde una perspectiva puramente psicológica, sino que lo importante es más bien si al autor se le puede realizar un reproche por causa de su desconocimiento; vid. *Stratenwerth*, *Allg. Teil* I núm. 588; *el mismo*, *ZStW* 85 (1973) 483 ss.

mismo que el que se aplica en el examen conforme a deber del autor en el hecho imprudente (vid. *infra* § 55 I 2)²⁴. Hay que partir de la consideración de que el conocimiento de las circunstancias del hecho que son indiciarias del injusto deberían ser un motivo para que el autor examine la relación que existe entre el hecho y el Ordenamiento jurídico²⁵. No obstante, la fortaleza de los estímulos derivados del dolo típico para el examen de la antijuricidad son distintos dependiendo de la clase de delito (OLG Hamburg JR 1981, pág. 31: aceptación de un "derecho de resistencia" frente a una prohibición de entrada en un domicilio). Sin embargo, cuando el hecho no sólo constituye una infracción jurídica sino también un atentado insoportable contra el orden moral ("ignorantia crassa"²⁶), el error es por regla general de naturaleza vencible pues la valoración normativa se origina directamente del sentimiento jurídico y por ello es *reconocible* a través de un *esfuerzo de conciencia* (BGH 2, 194 [201]; vid. *supra* § 37 II 2). Pero incluso cuando la acción no muestra una relación tan estrecha con el orden moral, el *deber de información*²⁷ se deriva igualmente del dolo típico tan pronto como se trate de hechos para los que, *de acuerdo con la experiencia*, existan *disposiciones jurídicas*

²⁴ Por el contrario, de acuerdo con las BGH 4, 236 (243); 21, 18 (20); BGH VRS 14, pág. 31; BayObLG NJW 1965, pág. 163 (164) debe regir un criterio más riguroso. Muestra acertadamente sus dudas Dreher/Tröndle, § 17 núm. 8; LK (11.ª) (Schroeder) § 17 núm. 27; Lackner, § 17 núm. 7; Schönke/Schröder/Cramer, § 17 núm. 12; SK (Rudolphi) § 17 núm. 30 a; Stratenwerth, Allg. Teil I núms. 592 ss.; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 38 núm. 35.

²⁵ Vid. Engisch, ZStW 70 (1958) págs. 575 ss. Naka, JZ 1961, pág. 210 habla en este contexto de la "función de llamada" del dolo del tipo. Por el contrario, Horn, Verbotsirrtum pág. 105 y Zaczek, JuS 1990, pág. 893 exigen que por lo menos deba existir una duda acerca de la legalidad del hecho como motivo para cerciorarse de ello. Yendo más allá Roxin, Allg. Teil I § 21 núm. 53 considera que tal motivo existe ya cuando el autor sabe de la existencia de una regulación especial o cuando es consciente de que irroga un daño a la víctima o a la colectividad. (al respecto también Kindhäuser, GA 1990, pág. 423 quien con acierto se conforma con la posibilidad de la conciencia del perjuicio).

²⁶ Subraya con acierto que los criterios que rigen para valorar la vencibilidad del error tienen su origen en las viejas ideas de justicia H. Mayer, Grundriß pág. 126; vid. también *el mismo*, Lehrbuch pág. 257. Stratenwerth, Allg. Teil I núm. 589 pone de relieve la posibilidad de conocimiento del injusto en la infracción de "una norma social básica".

²⁷ Vid. al respecto Müller-Dietz, Grenzen des Schuldgedankens págs. 85 ss.; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein págs. 222 ss.; Dreher/Tröndle, § 17 núm. 9; Schönke/Schröder/Cramer, § 17 núm. 16 así como Jakobs, Allg. Teil 19/37, quien distingue entre déficit de "motivación" y de "información". Acerca de la "competencia" para la conciencia del injusto en el sentido de Jakobs, Allg. Teil 19/35; Timpe, GA 1983, págs. 68 ss. Con acierto exige Strauss, NJW 1969, pág. 1419, que el autor tendría que haber recibido una información correcta. Asimismo, Schönke/Schröder/Cramer, § 17 núm. 20; SK (Rudolphi) § 17 núm. 42; Wolter, JuS 1979, págs. 482 ss. (en torno a la OLG Celle NJW 1977, pág. 1644). En contra, BGH 21, 18 (21); BayObLG NJW 1965, pág. 1924 (1926); OLG Köln NJW 1974, pág. 1831.

(BGH 4, 1 [5]; 21, 18 [21]; BGH NJW 1988, pág. 272 [273]). Esto rige sobre todo cuando se trata del círculo profesional del autor (BGH 3, 105 [108]; 4, 80 [86]; 9, 164 [172]; 18, 192 [197]). No obstante, la vencibilidad sólo es sostenible si la información le hubiera procurado al autor el conocimiento de la (al menos) posible antijuricidad de su comportamiento (BayOb LG NJW 1989, pág. 1744; al respecto en contra de *Zaczyk*, JuS 1990, pág. 895). Un motivo de información puede derivarse de la función social de la propiedad (OLG Düsseldorf NStZ 1981, pág. 444; de acuerdo *J. Meyer*, JuS 1990, pág. 895). Cuando el autor duda acerca de la validez de una norma *que le es conocida* no puede sencillamente escoger la alternativa que más le beneficia (OLG Köln MDR 1954, pág. 374), sino que debe recabar un asesoramiento experto (BGH 5, 111 [119]). Únicamente la información jurídica fidedigna le salvará (BGH 20, 342 [372]) en la medida en que realmente haya tenido lugar un examen exhaustivo de la situación jurídica (KG JR 1977, pág. 379 [380] con comentario aprobatorio de *Rudolphi*, KG JR 1978, pág. 167 [168]; BayObLG JuS 1980, pág. 613: archivo del proceso por decisión de la Fiscalía; BGH NJW 1989, 409 [410]; OLG Hamburg JR 1978, pág. 291: consejo equivocado de un abogado; OLG Düsseldorf VRS 60, 313 [316]: ausencia de jurisprudencia consolidada)²⁸. Los criterios que rigen son diversos dependiendo de si nos encontramos ante normas imperativas o prohibitivas: en estas últimas la simple duda conduce ya al reproche culpabilístico, mientras que en las primeras el autor debe conocer positivamente su deber de acción (SchlHOLG SchlHA 1962, pág. 175). En conjunto puede decirse que la jurisprudencia sitúa notables exigencias del lado del autor: para alcanzar un juicio correcto tiene que “emplear todas sus fuerzas de conocimiento intelectual y todos sus valores morales” (BGH 4, 1 [5]).

c) Los mismos principios rigen también para el enjuiciamiento de la vencibilidad del error en **Derecho penal especial** (vid. art. 1 I EGStGB) y en el **Derecho administrativo sancionador** (§ 11 II OWiG) (BGH 9, 358 [362]; 13, 135 [138]; 21, 18 [20 ss.]). En este ámbito la necesidad de negar el dolo²⁹ por la ausencia de

²⁸ Restringiéndolo a “situaciones especialmente conflictivas” *Kunz*, GA 1983, pág. 471. Por su parte, *Schick*, Verbotsirrtum bei falschem Rat pág. 133 hace depender el reproche de culpabilidad del grado de evidencia del contenido de injusto de la norma infringida.

²⁹ En este sentido, *Lange*, JZ 1956, págs. 79, 519; 1957, pág. 233; *Lang-Hinrichsen*, GA 1957, pág. 228; *Schlegtehdal*, Ordnungswidrigkeiten pág. 152; *Tiedemann*, ZStW 81 (1969) págs. 876 ss.; *el mismo*, Wirtschaftsstrafrecht Allg. Teil págs. 212 ss. con referencias adicionales, nota a pie núm. 22; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 423. En contra subraya con razón *Kühl*, Allg. Teil § 13 núm. 51 que el error de prohibición casi nunca sucede en Derecho penal especial y en Derecho administrativo sancionador.

la conciencia de la antijuricidad *no* tiene lugar³⁰, pues pueden adoptarse decisiones adecuadas sobre la base de la teoría de la culpabilidad. Para la solución de las especiales dificultades que surgen en este ámbito existen tres vías: la *primera* puede dar lugar a la interpretación de que en determinados preceptos el legislador *quiso* restringir la aplicación del tipo doloso a los supuestos del conocimiento positivo de la prohibición³¹. En ocasiones ello se deduce de la propia Ley (y así, el dolo en el § 32 III núm. 1 MarkorganisationsG se refiere a una de las disposiciones contrarias a la acción del autor). En particular también, hay que entender la ausencia de autorización oficial como un elemento del tipo (vid. *supra* § 33 VI 2) (OLG Düsseldorf NStZ 1981, pág. 444)³². Asimismo, será admisible la restricción de la pena del delito doloso al conocimiento de la prohibición cuando no sean imaginables hechos imprudentes en el supuesto fáctico comprendido por la disposición, de modo que el tipo imprudente conforme a su sentido pueda quedar reservado *sólo a la imprudencia iuris*³³. En *segundo lugar*, las disposiciones del Derecho penal especial y del Derecho administrativo sancionador se limitan con frecuencia a la pertenencia a determinados círculos situacionales o profesionales. De estas personas bien puede esperarse que se informen acerca de la situación jurídica. Y, en caso de que no lo hagan, no parece injusto castigarlos por el delito doloso (eventualmente atenuado de acuerdo con el § 49 I)³⁴.

Ejemplos: Quien se dedicaba profesionalmente al alquiler de viviendas debía estar familiarizado con la Ley de Protección de la Vivienda de 23.6.1960 (BGBl. I pág. 418) (BGH NJW 1957, pág. 129). Quien coloca lápidas en los cementerios debe informarse si con ello desarrolla la profesión independiente de artesano picapedrero (OLG Karlsruhe Gewerbearchiv 1973, pág. 302).

³⁰ Vid. *Welzel*, JZ 1956, pág. 238; *Göhler*, § 11 OWiG núm. 21; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 1 núm. 37; *Krescher*, Tatbestands-und Verbotsirrtum pág. 175; *J. Meyer*, JuS 1983, pág. 513; *KK OWiG (Rengier)* § 11 núms. 6 ss. Con un criterio diferenciador *Jakobs*, Allg. Teil 19/19.

³¹ Vid. *Welzel*, Lehrbuch, págs. 174 ss. Acerca de la libre discrecionalidad del legislador *Sax*, ZStW 69 (1957) pág. 427; *el mismo*, JZ 1957, pág. 6. Apuntando también la vía de la concreta interpretación del tipo *Tiedemann*, ZStW 81 (1969) pág. 879. Acerca del error de prohibición en las infracciones administrativas *Donini*, Il delitto contravvenzionale págs. 45 ss.

³² Señalando atinadamente la ausencia de autorización oficial como un elemento del tipo para este caso *J. Meyer*, JuS 1983, págs. 514 ss.

³³ Vid. los ejemplos expuestos por *Lange*, JZ 1956, pág. 74.

³⁴ De otra opinión *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen pág. 330 quien, de modo similar a *Horn*, Verbotsirrtum pág. 106, exige aquí la "duda efectiva" del autor en torno a la legalidad de su acción y su pertenencia a determinados círculos situacionales o profesionales. La OLG Düsseldorf NStZ 1981, pág. 444 deduce ya de la función social de la propiedad el deber de información ante un supuesto de tala de árboles pertenecientes a una finca privada situada en zona urbana.

Finalmente, a través de la teoría de la **doble posición del dolo** (vid. *supra* § 24 III 5 y § 39 IV 4) se evitan condenas excesivamente rigurosas por un hecho doloso, en aquellos casos donde a pesar de que el autor cumple con el tipo doloso, sin embargo, ha infringido el deber de información acerca de disposiciones penales puramente formales o técnicas³⁵. En tales casos no es suficiente con la falta del deber de cuidado para fundamentar el reproche por la formación *culpable* del dolo de la acción; antes bien, concurre tan sólo una culpabilidad imprudente.

d) También los problemáticos **casos fronterizos del error de tipo y de prohibición** se solucionan satisfactoriamente de acuerdo con los principios relativos a la distinción entre ambos grupos de supuestos (vid. *supra* § 29 V 1b)³⁶.

Ejemplos: En la extorsión (§ 253) la antijuricidad de la ventaja patrimonial es un elemento del tipo y, por tanto, el error sobre el mismo constituye un error de tipo (BGH 4, 105 [107]). En la deslealtad profesional del abogado (§ 356) éste debe haber actuado “contrariamente a deber” para ambas partes en el mismo asunto jurídico. El elemento relativo a la infracción del deber significa que aquél intervino con ambas partes a pesar de la existencia de intereses contrapuestos. Si desconoció tal oposición incurrió en un error de tipo mientras que si, por el contrario, creyó poder asesorar a ambas partes a pesar de la presencia de intereses antagónicos, entonces hay que aceptar un error de prohibición (BGH 15, 332 [338]). Si en las coacciones el autor se equivoca acerca de la “reprochabilidad” de la relación medio a fin (§ 240 II) existe error de prohibición; estaríamos ante un error de tipo, en cambio, cuando aquél desconociera las circunstancias que sirven de base para el juicio de reprochabilidad³⁷. Quien en el alejamiento ilícito del lugar del accidente (§ 142) no tiene conocimiento de haber estado implicado en el siniestro actúa bajo un error de tipo; por el contrario, si se equivoca acerca de su deber de espera y tolerancia de las correspondientes formalidades padece un error de prohibición (BGH 15, 1 [5]). El acompañante del conductor que confía en la declaración de éste acerca del rechazo por parte del herido a ser reconocido sufre un error de tipo (incorrectamente, en cambio, OLG Stuttgart JZ 1959, pág. 579). Quien cree haber hecho todo lo necesario mediante una declaración en la que reconoce su culpabilidad actúa bajo un error de prohibición (OLG Stuttgart NJW 1978, pág. 900). La equivocación acerca del carácter de vía pública de un camino en el sentido del § 1 StVG supone un error de tipo (de otra opinión BayObLGSt 1955, pág. 256). Quien sobre la base de un poder general otorgado

³⁵ Vid. Jescheck, ZStW 98 (1986) págs. 12 ss.; Schönke/Schröder/Lenckner, nota preliminar núm. 120 antes del § 13.

³⁶ Vid. *supra* § 41 I nota a pie núm. 4; además, Blei, Allg. Teil págs. 200 ss.; Dreher/Tröndle, § 17 núm. 11; Schlüchter, JuS 1985, págs. 373 ss.; Schönke/Schröder/Cramer, § 17 núm. 12. Acerca del Derecho administrativo sancionador Göhler, § 11 OWiG núms. 30 ss. y KK OWiG (Rengier) § 11 núms. 109 ss., ambos con referencias jurisprudenciales adicionales.

³⁷ vid. Schaffstein, Göttinger Festschrift págs. 195 ss.

por otra persona cree estar autorizado para poder votar en su nombre actúa en el sentido del § 107a) padeciendo un error de prohibición (OLG Hamm NJW 1957, pág. 638). La posición de garante pertenece al tipo del delito de omisión impropia de modo que, por ejemplo, es suficiente para el dolo típico con que el conductor de un taxi sepa que ha conducido a la víctima al lugar de la violación; de ahí que el error acerca de su deber jurídico a la prestación de auxilio que de ello se deriva constituye error de prohibición (BGH 16, 155 [157 ss.]).

c) Si el autor pudo evitar el error de prohibición, está fundamentado un reproche de culpabilidad del hecho cometido, a pesar de lo cual el § 17, inciso segundo, prevé una **atenuación facultativa de la pena** conforme al § 49 I. De ahí que el juez tenga que tomar una decisión acerca de la rebaja del marco punitivo. A la vista de la considerable diferencia existente en cuanto al contenido de culpabilidad entre la comisión del hecho con la plena conciencia del injusto y la que se lleva a cabo bajo el error de prohibición vencible, debería *por regla general* ser utilizada la posibilidad de atenuación³⁸. Por el contrario, la minoración punitiva es rechazable cuando el error obedece a ceguera jurídica, indiferencia consciente o negligencia (E 1962, Fundamentación pág. 135; BT-Drucksache V/4095 pág. 10)³⁹. En este caso tampoco está excluida la pena superior prevista por el tipo doloso puesto que la ausencia de la conciencia del injusto puede ser compensada por el menosprecio al Ordenamiento jurídico materializado en el hecho. Si el juez no hace uso del marco punitivo estipulado por el § 49 I deberá motivar expresamente en la sentencia las razones por las que conscientemente no ha optado por tal posibilidad paliativa (OLG Hamm VRS 10, 358).

III. El error sobre las causas de justificación (error de prohibición indirecto)

1. El **error de prohibición consiste también en la aceptación equivocada de una causa de justificación** cuando el autor yerra acerca de la existencia o límites de la norma permisiva (**error acerca de la permisividad**) (BGH 2, 194 [197]; 22, 223 [225]; BGH JZ 1978, pág. 762). Aquí el autor no desconoce el

³⁸ Así, *Dreher/Tröndle*, § 17 núm. 12; *LK* (11.^a) (*Schroeder*) § 17 núm. 48; *Jakobs*, Allg. Teil 19/48; *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 67; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 24; *SK (Rudolphi)* § 17 núm. 48. *Langer*, Dünnebier-Festschrift pág. 443 ve incluso en la inaplicación de la correspondiente norma atenuadora un atentado contra el art. 103 II GG. También favorable a la aplicación "por regla general" del marco punitivo aminorado AE § 20, inciso segundo.

³⁹ Vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 38 núm. 4; *Jakobs*, Allg. Teil 19/49; *Roxin*, ZStW 76 (1964) pág. 605; *Warda*, ZStW 71 (1959) pág. 262.

predicado desvalorativo otorgado al tipo sino que sólo se equivoca acerca de la intervención de una proposición permisiva. No obstante, aquí también subsiste el dolo puesto que el error sólo se refiere a la prohibición misma del hecho. A este supuesto lo denominamos *error de prohibición indirecto* por el hecho de que el sujeto no cree que el hecho está permitido sin más, sino porque desconoce la antijuricidad en el caso concreto mediante un rodeo practicado a través de la aceptación errónea de una proposición permisiva (vid. *supra* § 41 II 1a). Hay que distinguir **dos casos de error de prohibición indirecto**: en el primero el autor yerra sobre la concurrencia de una causa de justificación que no está reconocida por el Ordenamiento jurídico (error de existencia), mientras que en el segundo lo hace acerca de los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida como tal (error sobre los límites). El tercer supuesto, en el que el sujeto acepta equivocadamente la presencia de circunstancias que, de existir, justificarían el hecho (error de tipo permisivo), constituye una modalidad *sui generis* del error (vid. *infra* § 41 IV 1).

Ejemplo: El médico cree poder operar sin el consentimiento del paciente en virtud del ejercicio profesional de la medicina (error de existencia). El mismo médico que estima suficiente el consentimiento poco claro suministrado por su paciente (error sobre los límites) (BGH 12, 379 [382]). Y, finalmente, la hipótesis en la que el error tiene por objeto la existencia del consentimiento (error de tipo permisivo). Vid. también en torno al error sobre el consentimiento presunto OLG Stuttgart, Die Justiz 1983, pág. 265.

2. Los *dos primeros casos* son considerados generalmente como error de prohibición (error acerca de la permisividad) y, asimismo, tratados como el error de prohibición directo⁴⁰. Al igual que allí, la posición del autor frente a la norma contradice las exigencias del Ordenamiento jurídico; su contenido de culpabilidad es como mínimo equivalente al del error de prohibición directo, pues aquí el autor sabe incluso que su actuación está por lo general prohibida. La cuestión de su vencibilidad se resuelve de acuerdo con los criterios ya proporcionados en el error de prohibición directo (vid. *supra* § 41 II 2b).

Ejemplos: El funcionario público que estima adecuada al Derecho consuetudinario la aceptación de un valioso regalo de Navidad procedente de una parte interesada, actúa bajo un error de prohibición acerca de una causa de justificación no reconocida por el Derecho y punible de acuerdo con los §§ 331, 17, inciso segundo (incorrectamente,

⁴⁰ Vid. *Dreher*, Heinitz-Festschrift pág. 212; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 14 A núm. 77; *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 21; *Lackner*, § 17 núm. 15; *LK* (11.^a) (*Schroeder*) § 17 núm. 9; *Engisch*, ZStW 70 (1958) págs. 599 ss.; *Arthur Kaufmann*, ZStW 76 (1964) pág. 563; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 17 núm. 10; *Schaffstein*, Göttinger Festschrift pág. 182; *Wessels*, Allg. Teil núm. 487.

en cambio, OLG Neustadt NJW 1963, pág. 1633). Quien violentamente sustrae a su deudor moroso el dinero que le debe, sufre un error de prohibición acerca de los límites del derecho a la autotutela (BGH 17, 87 [89 ss.]), a no ser que crea tener derecho precisamente a *ese* dinero (error de tipo acerca de la "antijuricidad" de la apropiación). El soldado que a pesar de reconocer el fin delictivo de una orden la cree vinculante ("una orden es una orden"), padece un error de prohibición acerca de una causa de justificación no reconocida (BGH 22, 223 [225]). En el "Caso del Rey de los Gatos" el autor se equivocó acerca de los límites del estado de necesidad justificante (§ 34) (BGH 35, 347 [350]). Un error acerca de tales límites existe también cuando quien está autorizado para cazar cree también estarlo para disparar sobre perros ajenos que, habiendo cazado furtivamente en su coto de caza, se encontraban en una finca cercada ajena (BayObLG NJW 1992, pág. 2306). (Vid. también los casos resueltos por las BGH 3, 271 [274]; 357 [365]; BGH *Dallinger* MDR 1975, págs. 723 ss.; OLG Hamburg JR 1978, pág. 291).

IV. El error de tipo permisivo

1. Es objeto de discusión el tratamiento del *error sobre las circunstancias que, caso de haber concurrido realmente*, supondrían la presencia de una causa de justificación (**error de tipo permisivo**). Se trata, no obstante, de un error *sui generis* que está a caballo entre el error de tipo y el error de prohibición indirecto⁴¹. La similitud con el error de tipo reside en su *estructura*: el error de tipo permisivo también se refiere a los elementos (descriptivos y normativos⁴²) de una proposición jurídica. La semejanza con el error de prohibición indirecto reside en sus *repercusiones*: el conocimiento del tipo permanece intacto y, por tanto, la función de llamada de éste surte plenos efectos; sencillamente, el error provoca en el autor la creencia de que la norma de prohibición cede excepcionalmente ante la proposición permisiva. La cuestión no ha sido regulada a través de la reforma de 1975 a pesar de que tanto el § 20 E 1962 (error *sui generis*) como el AE en su § 19 II (error de tipo) contenían propuestas al respecto; asimismo, el § 8 del österr. StGB elaborado de forma simultánea a tales proyectos contiene una regulación de esta clase de error (adoptando el criterio del § 20 E 1962)⁴³. Para la solución del problema se defienden esencialmente cuatro concepciones distintas:

⁴¹ Así, *Dreher*, Heinitz-Festschrift pág. 212; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 27; *Herdegen*, BGH-Festschrift pág. 208; *Lackner*, § 17 núm. 10; *Krümpelmann*, GA 1968, págs. 129 ss.; *Preisendanz*, § 16 comentario 3e; *Wessels*, Allg. Teil núm. 471. También hay que aceptar la existencia de un error de tipo permisivo en caso de duda acerca de la situación justificante, esto es, allí donde el autor confía en la concurrencia de aquélla; así, con acierto, *Schroth*, Arthur Kaufmann-Festschrift pág. 608.

⁴² Al respecto *Schlüchter*, Irrtum págs. 175, 179.

⁴³ El legislador quiso abandonar a la jurisprudencia y a la doctrina científica la cuestión de si "se trata de un error de tipo, de prohibición o de un error *sui generis*" (BT-Drucksache V/4095

a) La **teoría de los elementos negativos del tipo** (vid. *supra* § 25 III) trata a las causas de justificación como elementos integrantes de aquél, de modo que sus presupuestos son considerados componentes negativos del mismo y aplican por ello al error de tipo permisivo el § 16; de esta forma, sólo puede ser castigado el error vencible como modalidad típica imprudente si es que ésta se encuentra prevista expresamente por la Ley (§ 16 I 2)⁴⁴. *En contra de esta teoría* cabe oponer, además de las consideraciones sistemáticas reproducidas *supra* § 25 III 2a, las siguientes razones derivadas de la problemática del error: si los elementos pertenecientes a la justificación fueran elementos negativos del tipo, entonces el dolo también debería ir referido a su ausencia⁴⁵. Sin embargo, el autor no piensa en ello por regla general ni siquiera en el sentido de una difusa “co-conciencia”⁴⁶. Y mucho menos puede afirmarse que a través de la conciencia de actuar justificadamente quedaría ya eliminado el desvalor de acción del hecho doloso⁴⁷, pues éste no decae sólo porque el autor crea estar actuando conforme a Derecho sino únicamente cuando coinciden la conciencia de proceder de tal modo y la situación objetiva justificante⁴⁸. De ahí que el hecho cometido bajo la aceptación errónea de una causa de justificación mantenga el carácter *doloso* de aquél⁴⁹. La especialidad de este caso reside precisamente en que el autor ha percibido la “llamada” derivada del cumplimiento del tipo.

pág. 9; Protokolle V págs. 1739 ss., 1781). Críticos al respecto *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 52; *Dreher*, Heintz-Festschrift pág. 227; *Jescheck*, Lange-Festschrift pág. 372; *LK* (9.^a) (*Schroeder*) § 59 núm. 62.

⁴⁴ Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 415 ss.; *Hruschka*, Strafrecht pág. 210; *Arthur Kaufmann*, JZ 1954, pág. 653; *el mismo*, JZ 1956, pág. 353; *el mismo*, ZStW 76 (1964) págs. 564 ss.; *Lang-Hinrichsen*, JZ 1953, pág. 362; *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario V 1; *Roxin*, ZStW 76 (1964) pág. 599 (de opinión actualmente *Roxin*, Allg. Teil I § 10 núm. 19); en cuanto al resultado también *Kindhäuser*, Gefährdung pág. 111. Algunos defensores de la teoría de la culpabilidad también se han adherido a esta solución: así, *Busch*, Mezger-Festschrift págs. 18 ss.; *Schaffstein*, MDR 1951, pág. 199; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 10; *v. Weber*, JZ 1951, pág. 260; *el mismo*, Mezger-Festschrift pág. 183. Parcialmente también la jurisprudencia: RG 6, 405 (408); 21, 189 (191); 54, 196 (199); 72, 300 (302); BGH 3, 105 (106 ss.); 17, 87 (91); BGH *Dallinger* MDR 1975, pág. 365.

⁴⁵ Atinadamente en este sentido *Armin Kaufmann*, JZ 1955, pág. 38.

⁴⁶ De otra opinión *Arthur Kaufmann*, JZ 1956, pág. 357; *Roxin*, MSchrKrim 1961, pág. 213.

⁴⁷ Así, *Schaffstein*, MDR 1951, pág. 199; *v. Weber*, JZ 1951, pág. 262; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 504. En el sentido del texto *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 8 antes del § 32.

⁴⁸ Vid. *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale pág. 246 nota a pie núm. 75.

⁴⁹ Acerca del significado práctico de la permanencia del dolo vid. el caso resuelto por la OLG Köln NJW 1962, pág. 686 (inducción al quebrantamiento del secreto profesional frente a un médico que erróneamente cree haber sido facultado para ello a través del consentimiento de su paciente); a pesar del merecimiento de pena del hecho, el inductor fue absuelto por la falta de dolo del autor principal. Pretendiendo mantener aquí el dolo del hecho *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 13; en este supuesto concurre realmente la contradicción criticada por *Schmidhäuser*, NJW 1975, pág. 1809.

b) La **teoría estricta de la culpabilidad** trata el error acerca de las circunstancias de hecho de una causa de justificación reconocida de acuerdo con las reglas generales del error de prohibición. Si el autor pudo evitar el error deberá ser castigado de conformidad con el correspondiente tipo *doloso* (con la posibilidad de atenuación)⁵⁰. Sin embargo, esta solución conduce a resultados incompatibles con el sentimiento de justicia⁵¹.

Ejemplos: El soldado que dispara sobre un compañero al confundirlo imprudentemente con un enemigo, sería castigado por homicidio (§ 212). El viandante que golpea en un ojo al ladrón a pesar de que habría podido darse cuenta de que un funcionario de policía le prestaba ayuda, tendría que ser castigado por una lesión corporal grave (§ 224).

c) La doctrina dominante⁵² y la jurisprudencia (BGH 3, 105 [106]; 194 [196]; 357 [359]; BGH GA 1969, pág. 117 [118]; BGH *Holtz* MDR 1979, pág. 985; BGH NStZ 1983, pág. 500; BayObLG NJW 1955, pág. 1848; OLG Karlsruhe NStZ 1982, pág. 123) siguen una postura intermedia que conduce a un resultado similar al de la teoría de los elementos negativos del tipo, pero que está fundamentada de un modo diverso (**teoría limitada de la culpabilidad**)⁵³. En verdad, el error acerca de los presupuestos de una causa de justificación no es considerado como un error de tipo pero, a pesar de ello, le es aplicado el § 16 por al mostrarse como criterio determinante su similitud estructural con el verdadero error de tipo. De este modo queda excluido el injusto del hecho doloso por lo que también decae la posibilidad de la participación punible (§§ 26, 27).

d) Correcta es, por el contrario, la teoría que va ganando terreno al considerar que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación reconocida se

⁵⁰ Así, *Bockelmann*, Allg. Teil, 3.^a ed. pág. 129 (de otra opinión *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 126 ss.); *Fukuda*, JZ 1958, pág. 143; *Heitzer*, NJW 1953, pág. 210; *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale págs. 314 ss.; *el mismo*, ZStW 94 (1982) págs. 257 ss.; *LK* (11.^a) (*Schroeder*) § 16 núm. 52; *Armin Kaufmann* JZ 1955, pág. 37; *Niese*, DRiZ 1953, pág. 20; *Welzel*, ZStW 67 (1955) págs. 208 ss.; *el mismo*, Lehrbuch págs. 164 ss.

⁵¹ Vid. *Börker*, JR 1960, pág. 168; *Engisch*, ZStW 70 (1958) págs. 585 ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario V 1; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 24.

⁵² Vid. *Börker*, JR 1960, pág. 168; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 15 núm. 20; *Engisch*, ZStW 70 (1958) págs. 583 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núm. 62; *Kühl*, Allg. Teil § 13 núm. 73; *Krümpelmann*, GA 1968, pág. 129; *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario V 1; *Noll*, ZStW 77 (1965) pág. 8; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 418; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 503; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 núm. 18; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 18 antes del § 13; *Schünemann*, Einführung pág. 41.

⁵³ Según *Grünwald*, Noll-Gedächtnisschrift pág. 189 no debe existir diferencia material alguna entre las diversas variantes de la teoría limitada de la culpabilidad. Sin embargo, la teoría que se expone a continuación (*infra* d) se distingue de las otras por seguir manteniendo al dolo como portador de la voluntad de acción.

somete únicamente al régimen del § 16, de modo que, a pesar de que realiza el injusto doloso de acción, el autor sólo es castigado por imprudencia (**teoría de la culpabilidad orientada a las consecuencias jurídicas**) (BGH 31, 264 [286 ss.])⁵⁴. El motivo del tratamiento privilegiado del error de tipo permisivo frente a los supuestos del error de prohibición indirecto reside, por un lado, en su menor (que no inexistente) desvalor de acción. Tal minoración se deriva de la conciencia del autor que cree estar obrando justificadamente y que aquí se refiere a una causa de justificación reconocida por el Derecho (el autor cree actuar legalmente en el sentido del Derecho positivo existente)⁵⁵. Por otro lado, el contenido de culpabilidad del hecho es diverso al de los delitos dolosos: la motivación que ha conducido a la formación del dolo del hecho no reside en la ausencia de una actitud jurídica interna sino en un análisis poco cuidadoso de la situación. Cuando el autor acepta equivocadamente los presupuestos de una causa de justificación reconocida por el Derecho, está ausente la apostasía de los valores de la comunidad jurídica característica de los delitos dolosos. El castigo sobre la base del tipo doloso no resulta justificado porque, como consecuencia del error, el dolo no se muestra como portador del *desvalor de la actitud interna* propio los hechos dolosos⁵⁶. Con todo, existe también una diferencia material respecto al error de tipo: el autor

⁵⁴ Gallas, Beiträge págs. 56 ss. nota a pie núm. 89; Maurach/Zipf, Allg. Teil I § 37 núm. 43; Herdegen, BGH-Festschrift pág. 208; Krümpelmann, GA 1968, págs. 142 ss.; Lackner, § 17 núm. 15; Preisendanz, § 16 comentario 3e; Wessels, Allg. Teil núms. 478 ss.; Paefffgen, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 405 ss. La objeción basada sobre la ficción de la imprudencia (así, Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale pág. 205; Welzel, ZStW 67 [1955] pág. 215) no es acertada pues la punibilidad del hecho como delito imprudente debe ser fundamentada autónomamente de acuerdo con el injusto y la culpabilidad Arthur Kaufmann, Lackner-Festschrift págs. 193 ss.

⁵⁵ Nowakowski, JBl 1972, pág. 30 pretende negar aquí el desvalor de acción del dolo. Este mismo punto de vista le conduce a aplicar las reglas de la tentativa de un modo directo, y no sólo por analogía, a los supuestos en los que concurre en la realidad una causa de justificación no percibida por el autor (pág. 28) (vid. *supra* § 31 IV 2).

⁵⁶ Así, Dreher, Heinitz-Festschrift págs. 224 ss.; Dreher/Tröndle, § 16 núm. 27; Gallas, Bockelmann-Festschrift pág. 170; Lackner, § 17 núm. 15; Blei, Allg. Teil pág. 206; Wessels, Allg. Teil núm. 484; Platzgummer, JBl 1971, pág. 239. Vid. también BGH 3, 105 (107): "el autor que sufre un error acerca de la verdadera situación fáctica se muestra *por sí mismo fiel al Derecho*". Vid., además, BGH 31, 264 (287): exclusión de la "punibilidad por un hecho doloso". El reproche acerca del carácter contradictorio de esta fundamentación (así, Schmidhäuser, NJW 1975, pág. 1809 nota a pie núm. 13) no está por el contrario justificado pues no es lo mismo el *injusto* doloso que la *culpabilidad* dolosa. Esto también viene a reconocerse por LK (11.^a) (Hirsch) nota preliminar núm. 184 antes del § 32. En contra de la teoría que sostiene la ausencia de la culpabilidad dolosa Roxin, Allg. Teil I § 14 núm. 71; Schünemann, Einführung pág. 41 nota a pie núm. 89; *el mismo*, GA 1985, pág. 350; Herzberg, JA 1989, pág. 299; Arthur Kaufmann, Lackner-Festschrift págs. 192 ss.

tiene conocimiento del tipo y por este motivo puede destacar por completo la función de llamada del dolo típico, de modo que también sería justificable en sí mismo un criterio más riguroso. Sin embargo, el reproche dirigido al autor sólo se refiere a su falta de atención con las circunstancias del hecho, aspecto éste que se corresponde en cuanto a su contenido de culpabilidad con el reproche de una conducta imprudente. En cualquier caso, podrían oponerse objeciones derivadas de la impunidad de la conducta ante la inexistencia de un tipo imprudente⁵⁷, aunque en estos casos puede ser suficiente con la indemnización del daño de naturaleza civil (vid. acerca del error sobre los presupuestos del § 127 I StPO *supra* § 35 IV 2 *in fine*). La especialidad de esta teoría reside en que permite que el dolo permanezca como portador del injusto de la acción, de modo que sigue siendo posible la participación punible de las personas que sí conocen la situación fáctica (véase el requisito del dolo en los §§ 26, 27).

El error de tipo permisivo puede referirse, al igual que el error de tipo, a los elementos descriptivos y normativos de la causa de justificación. En este punto no debe tener lugar el renacimiento de la distinción entre error de hecho y error de Derecho⁵⁸. Los *criterios para el enjuiciamiento de la vencibilidad* se derivan, por una parte, de la consideración de que el autor posee por completo el dolo típico y, por esta razón, está especialmente obligado al examen cuidadoso de la situación que él estima justificante. Asimismo, hay que tener en cuenta que el análisis de aquella puede venir dificultado por la amenaza de un peligro (por ejemplo, en la legítima defensa putativa o en la aceptación errónea en una operación del consentimiento presunto del paciente). En la valoración de la vencibilidad también juega la cuestión de si el error se refiere a circunstancias fácticas o a conceptos jurídicos de la proposición permisiva, pues para la formación autónoma del juicio en el ámbito normativo siempre hay que ser cauteloso. Con estos criterios también pueden resolverse casos fronterizos que han creado dificultades a la jurisprudencia.

Ejemplos: Si el padre interpretó equivocadamente una falta del hijo que fue objeto de corrección, estamos en presencia de un error de tipo permisivo; por el contrario, si por causa de una idea equivocada se ha excedido en el derecho de corrección por la clase y extensión del castigo, entonces existe un error de prohibición acerca de los límites de aquél (BGH 3, 105 [106, 110]). Si por una equivocación acerca de la intensidad del ata-

⁵⁷ *Dreher*, Heinitz-Festschrift pág. 227 va demasiado lejos al proponer una disposición especial acerca de la imprudencia para estos casos. *Krumpelmann*, ZStW Beiheft Budapest 1978 págs. 49 ss. pretende aplicar el tipo doloso con la atenuación prevista en el § 49. En los supuestos en los que existe un tipo imprudente, *Jakobs*, Allg. Teil 11/58 aplica el doloso pero aplica la pena prevista por aquél ("teoría de la culpabilidad dependiente").

⁵⁸ Vid. *Engisch*, ZStW 70 (1958) págs. 585 ss. En este punto la jurisprudencia sigue siendo inconsecuente; vid. BGH 3, 105 (106 ss.); 271 (274); 357 (364); BayObLG NJW 1952, pág. 1848.

que, la víctima rebasa los límites de la defensa necesaria nos encontramos ante un error de tipo permisivo (BGH 3, 194 [196]); por el contrario, concurrirá un error de prohibición si desconoce las restricciones que la jurisprudencia exige acerca de la adecuación de la acción defensiva (vgr., BGH NJW 1962, pág. 308; BayObLG NJW 1965, pág. 163). El error sobre la legalidad de la detención llevada a cabo por un particular de acuerdo con el § 127 I StPO es también un error de prohibición (RG 72, 300 [302]; BayObLG NJW 1965, pág. 1924 [1926] acerca del error sobre una servidumbre de paso)⁵⁹. El error en torno a la contrariedad a las buenas costumbres de un hecho en las lesiones corporales (§ 226a⁶⁰) se refiere a un “elemento de la valoración global del hecho” (vid. *supra* § 25 II 2); el error relativo al fundamento de la valoración afecta al tipo permisivo, mientras que si recae sobre la valoración misma se trata de un error acerca de los límites de la causa de justificación⁶¹. Constituyen puros errores acerca de los límites los casos resueltos por las BGH 12, 379 (383); BGH 17, 87 (91) y la BGH *Dallinger* MDR 1975, págs. 723 ss.; el supuesto resuelto por la OLG Hamburg JR 1978, pág. 291 constituye un error de existencia.

2. En los casos de **estado de necesidad justificante** (§ 32) la jurisprudencia hizo una **excepción** en relación con los principios que resultan aplicables ante un error de tipo permisivo. En el estado de necesidad putativo abandonaba la teoría limitada de la culpabilidad y aplicaba la teoría estricta cuando concurría la infracción del deber de examinar completamente la situación fáctica y jurídica presupuesto por la culpabilidad; de esta forma el autor era castigado por el tipo doloso y no por el imprudente⁶². El motivo para ello residía sobre todo en que la pena por imprudencia no podía abarcar los casos importantes de estados de necesidad putativos, por lo que se originaban lagunas de punibilidad difícilmente soportables (por ejemplo, en los §§ 218, 239, 240).

Ejemplos: El médico que, ante la creencia errónea de la existencia de un riesgo vital en la mujer embarazada, practicaba indebidamente la interrupción de la gestación por haber faltado un examen detenido de las circunstancias concurrentes, era castigado por aborto doloso de acuerdo con el § 218 (RG 62, 137 [138]; BGH NJW 1951, pág. 412; BGH 2, 111 [115]; 3, 7 [11 ss.]).

Sin embargo, la regulación especial del error para el estado de necesidad justificante que, en adhesión a la jurisprudencia expuesta, había previsto el § 39

⁵⁹ Al respecto, con ejemplos adicionales *Otto*, K. Meyer-Gedächtnisschrift págs. 591 ss.

⁶⁰ El consentimiento den las lesiones corporales y su eventual contrariedad a las buenas costumbres se regula actualmente en el § 228 StGB (N del T).

⁶¹ Vid., asimismo, el caso que se corresponde con el error directo en *Schaffstein*, Göttinger Festschrift pág. 195; de otra opinión al respecto, no obstante *Engisch*, ZStW 70 (1958) pág. 585.

⁶² Mostrando su aprobación con la teoría estricta de la culpabilidad *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 34 núm. 91; *Welzel*, JZ 1955, págs. 142 ss.

II E 1962 (vid. su Fundamentación págs. 160 ss.)⁶³ no ha sido asumida ni por el § 34 StGB ni tampoco por el § 16 OWiG. Por ello, el salto a la teoría estricta de la culpabilidad en los casos de estado de necesidad justificante **no puede seguir siendo admisible** desde la perspectiva del principio de legalidad y, conforme a ello, los principios generales que inspiran el tratamiento del error de tipo permisivo tienen que ser aplicados también en estos casos⁶⁴.

3. A pesar de todo, hay que mantener la **pena por el delito doloso por el examen que no se realiza conforme a deber** en aquellas causas de justificación en las que, en atención a la adecuación de la intervención en una situación material incierta, también es aprobada una consecuencia objetivamente incorrecta desde el punto de vista del riesgo permitido (vid. *supra* § 36 II)⁶⁵. Tales causas son el consentimiento presunto cuando la intervención contradice la voluntad real del afectado (vid. *supra* § 34 VII 3), la utilización de la violencia estatal cuando faltan realmente los presupuestos materiales de la intervención (vid. *supra* § 35 I 3), así como la salvaguardia de intereses legítimos (§ 193) que tan sólo interviene cuando se ha comprobado la imposibilidad de probar la afirmación de hechos lesivos del honor (BGH 11, 273) (vid. *supra* § 36 II 2a). Quien erróneamente acepta en estos casos la concurrencia de los presupuestos de la causa de justificación debe ser castigado de acuerdo con el tipo doloso.

Ejemplos: Si sobre la base del consentimiento presunto de los padres el profesor abofetea al alumno, es punible por una lesión corporal dolosa si el castigo contradecía la verdadera voluntad de los padres y no examinó detalladamente la situación objetiva (RG 61, 191 [194]). La persona autorizada para la protección de la caza que realiza un disparo sobre un supuesto ladrón de acuerdo con la Ley sobre la utilización de armas de personas autorizadas para la protección de los bosques y la caza de 26.2.1935 (RGBl. I pág. 313), sólo puede beneficiarse de la justificación si ha examinado detenidamente la

⁶³ Apartándose de este criterio *Arthur Kaufmann* ZStW 76 (1964) pág. 571; *Roxin*, ibídem pág. 587; *Schröder*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 294.

⁶⁴ Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 351; *Dreher/Tröndle*, § 38 núm. 18; *Göhler*, § 16 OWiG núm. 15; *Roxin*, Allg. Teil I § 14 núms. 81 ss.; *Herdegen*, BGH-Festschrift págs. 208 ss.; *Lenckner*, H. Mayer-Festschrift págs. 165 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 34 núm. 50; *SK (Samson)* § 34 núm. 25; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 475. Mostrando sus dudas *Stree*, en *Roxin* y otros, Einführung págs. 44 ss. Favorable, sin embargo, a la continuación de la actual jurisprudencia *Blei*, Allg. Teil págs. 170 ss.; a favor de la aplicación analógica del § 35 II *LK* (11.^a) (*Hirsch*) § 34 núm. 91.

⁶⁵ Así, *Lenckner*, H. Mayer-Festschrift págs. 178 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 19 antes del § 32; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 54 antes del § 32; *Lackner*, § 17 núm. 17. En contra, *Rudolphi*, *Schröder-Gedächtnisschrift* págs. 73 ss.; *Roxin*, *Welzel-Festschrift* págs. 458 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 14 núms. 83 ss.

conurrencia de los presupuestos en la utilización del arma de fuego (RG 72, 305 [311 ss.]). Quien basándose en informaciones insuficientes realiza afirmaciones lesivas del honor cuya verdad no puede ser probada, será castigado por difamación (§ 186) a pesar de que actuó con buena fe (BGH 14, 48 [51]).

Si en estos casos se infringe el deber de examen de la situación, el autor actúa antijurídicamente. Pero también cabe afirmar la culpabilidad dolosa pues, a la vista del riesgo existente reconocido por el autor, éste sólo se toma suficientemente en serio el bien jurídico afectado cuando ha hecho todo lo posible para evitar el menoscabo no autorizado de éste.

4. Si concurren simultáneamente un *error de tipo permisivo* con un *error sobre los límites de la prohibición* (por ejemplo, el educador acepta erróneamente la concurrencia de los presupuestos del derecho de corrección y, simultáneamente, traspasa de buena fe los límites permitidos de tal derecho) será aplicable el tipo doloso en atención al segundo tipo de error (§ 17, inciso segundo). El error de tipo permisivo no desempeña papel alguno pues, incluso aunque se hubiera verificado la situación objetiva que se daba por cierta, tampoco estaría justificado⁶⁶.

V. Derecho extranjero

En el extranjero, el StGB *austríaco* contiene en el § 9 una disposición que se corresponde con el § 17⁶⁷, aunque en el apartado segundo de aquel precepto se añaden los criterios para la determinación de la vencibilidad del error de prohibición⁶⁸. Asimismo, el § 8 regula el error de tipo permisivo de acuerdo con la teoría limitada de la culpabilidad⁶⁹. Tras el austríaco, es el Derecho *suizo* el que más se acerca a la regulación alemana en el tratamiento de los problemas del error. El art. 19 StGB acoge el error de tipo y el art. 20 StGB el de prohibición (BGE 70 IV 100); además, este último sólo conduce a la posibilidad de que el hecho quede impune si se comprueban “motivos suficientes” para ello (BGE 106 IV 193)⁷⁰. La jurisprudencia trata la conciencia del injusto como un elemento autónomo de la culpabilidad (BGE 70 IV 98), aunque impone rigurosas exigencias para la inculpabilidad derivada del error de prohibición (BGE 74 IV 152; 98

⁶⁶ Vid. Wessels, Allg. Teil núm. 490.

⁶⁷ Al respecto, Kienapfel, ÖJZ 1976, págs. 117 ss.; Platzgummer, Strafrechtliche Probleme I págs. 58 ss.; Triffterer, Allg. Teil págs. 430 ss.; Leukauff/Steininger, § 9 núm. 5.

⁶⁸ Vid., más detalladamente Jescheck, Lange-Festschrift pág. 373; *el mismo*, ÖJZ 1971, pág. 3.

⁶⁹ Vid. Foregger/Serini, § 8 StGB comentario I.

⁷⁰ Sobre esta cuestión vid. Schwander, Das schweiz. StGB págs. 91 ss., 98 ss.; Trechsel, art. 20 StGB núm. 6; Rehberg, Strafrecht I pág. 167; crítico Schultz, Einführung I pág. 232; Graven, L'infraction pág. 180. Actualmente, el art. 23 del Anteproyecto (Exposición de Motivos págs. 63 ss.) sigue al § 17 alemán.

IV 303; 99 IV 186)⁷¹. El Derecho *español* contiene en el art. 1 II C.p. el principio de culpabilidad y en el art. 6 bis a) III C.p. una regulación del error de prohibición que sólo se corresponde parcialmente con el § 17 alemán⁷². El Código penal portugués de 1982 se ha adherido al tratamiento contenido en el § 17 alemán⁷³. También en Derecho *holandés* se reconoce el error de prohibición como una causa de exclusión de la culpabilidad⁷⁴. Otros Ordenamientos mantienen o mantenido hasta hace poco el principio "error juris nocet" que, en el mejor de los casos, conducía a una atenuación de la pena para el supuesto de desconocimiento de normas jurídicas extrapenales. Y así, la praxis *francesa* se basaba hasta ahora sobre el viejo principio "nul n'est censé ignorer la loi"⁷⁵, mientras que sin embargo el art. 122-3 del nuevo Código penal ha cambiado hacia el reconocimiento del error de prohibición como causa de exclusión de la culpabilidad⁷⁶. El Derecho penal *belga* siguió anteriormente la línea marcada hasta hace poco por Francia, aunque la jurisprudencia y la Comisión de Reforma se inclinan por la consideración del error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad⁷⁷. Anteriormente, en *Italia* el art. 5 C.p. excluía por lo general la relevancia del error de prohibición pero el

⁷¹ Por el contrario *Germann*, Das Verbrechen págs. 186 ss. defiende la teoría del dolo que restringió en SchwZStr 68 (1953) pág. 374 a través de la teoría de la ceguera jurídica. En relación a la cuestión de la vencibilidad, tratando críticamente a la jurisprudencia que desarrolla criterios similares a los de los tribunales alemanes *Noll*, Schweizer Beiträge págs. 215 ss.; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I pág. 140. Casuística en *Trechsel*, art. 20 núm. 18.

⁷² Vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 631 ss.; *Mir Puig*, Adiciones Tomo I págs. 640 ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho penal págs. 512 ss.; *Cerezo Mir*, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 473 ss.; *Mir Puig*, Der Irrtum págs. 303 ss.; *Jescheck*, Loyola-Gedächtnisschrift págs. 403 ss.; *Strien*, Einflüsse des deutschen Strafrechts págs. 99 ss. [El art. 5 del Código penal de 1995 señala que "no hay pena sin dolo o imprudencia"; asimismo, en relación con el error de prohibición, el art. 15.3 del citado texto punitivo señala que "el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados" (N del T)].

⁷³ Al respecto, y básicamente en torno al error de prohibición, *Figueiredo Dias*, O problema da consciência da ilicitude, 1987.

⁷⁴ Vid. *Pompe*, Handboek pág. 163; *van Bemmelen/van Veen*, Ons strafrecht págs. 220 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 358 ss. comenta la nueva tendencia jurisprudencial dirigida al reconocimiento del error de prohibición. Vid., además, *Jescheck*, Criminal Law in Action págs. 9 ss.

⁷⁵ Vid. *Bouzat*, Traité Tomo I págs. 270 ss.; *Merle/Vitu*, Traité I núms. 550 ss.; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 380 (con ejemplos relativos al error jurídico extrapenal). Acerca del origen de este principio *Kiefner*, Deutsche Landesreferate 1967 págs. 87 ss.

⁷⁶ Al respecto *Desportes/Le Gunehec*, Présentation núm. 35; *Pradel*, Le nouveau Code pénal págs. 88 ss.

⁷⁷ *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 493 ss.; *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núms. 361 ss.; *Tulkens/van den Kerchove*, Introduction págs. 244 ss.; *Commission pour la Révision du Code pénal*, Observations pág. 15.

Tribunal Constitucional en la sentencia de 23.3.1988 núm. 364 ha reconocido al error de prohibición invencible como causa que excluye la culpabilidad⁷⁸. En la jurisprudencia *anglo-americana* el desconocimiento de la antijuricidad es considerado la mayoría de las veces como un aspecto irrelevante⁷⁹. En el nuevo Derecho *brasileño* está reconocido el error de prohibición invencible como causa de exclusión de la culpabilidad, mientras que el de naturaleza vencible conduce a una atenuación de la pena del delito doloso (art. 21 C.p.)^{80 81}.

§ 42 El tipo de culpabilidad y sus elementos

Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Engisch*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; *Frank* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießener Festschrift, 1907, pág. 3; *Gallas*, Täterschaft und Teilnahme, Materialien, Tomo I, 1954, pág. 121; *Geilen*, Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung, JuS 1965, pág. 426; *Goldschmidt*, Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Hardwig*, Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, ZStW 68 (1956) pág. 14; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 184; *el mismo*, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 251; *Kantorowicz*, Tat und schuld, 1933; *Küper*, Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA 1968, pág. 321; *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *Lange*, Die Schuld des Teilnehmers, JR 1949, pág. 165; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972; *Mathofer*, Objektive Schulselemente, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 185; *Martens*, Der Irrtum über Schuldmilderungsgründe, Strafr. Abh. Heft 246, 1928; *Mezger*, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953,

⁷⁸ Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional *Mantovani*, Diritto penale págs. 364 ss.; *Pagliari*, Principi págs. 398 ss.; *Fiandaca/Musco*, Diritto penale págs. 294 ss. Básicamente sobre toda la cuestión *Pulitanò*, L'errore di diritto, 1976; desde una perspectiva de Derecho comparado *Jescheck*, Recht in Ost und West págs. 889 ss. También el art. 15 del Proyecto de Código penal prevé la impunidad del error de prohibición invencible.

⁷⁹ Vid. *Grünhut*, Das englische Strafrecht pág. 197; *Honig*, Das amerikanische Strafrecht págs. 131 ss.; *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 288 ss.; *J. Hall*, Principles págs. 407 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law pág. 83; *Kaplan*, Mistake of Law págs. 1167 ss.; *Kenny/Turner*, Outlines págs. 60 ss.; *Robinson*, Criminal Law Defenses Tomo I p.252. Acerca del Proyecto de un Código Criminal para Inglaterra y Gales (1989) *Jescheck*, R. Schmitt-Festschrift pág. 66.

⁸⁰ Al respecto, *Fragoso*, Lições págs. 212 ss.; *da Costa jr.*, Comentários art. 21 comentario núm. 3.

⁸¹ Vid. sobre la historia y Derecho comparado de la cuestión en su conjunto *Jiménez de Asúa*, Tomo VI págs. 357 ss.; acerca del Derecho griego *Mangakis*, Das Unrechtsbewusstsein págs. 17 ss., 79 ss.

pág. 2; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955; *Nowakowski*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW 63 (1951) pág. 287; *Schmidhäuser*, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958; *el mismo*, Der Unrechttatbestand, Festschrift für Karl Engisch, 1969, pág. 433; *Schweikert*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *Stratenwerth*, Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 171; *Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, Strafr. Abh. Heft 308, 1932; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *Wendt*, Anmerkung zu BGH 1, 203, JZ 1951, pág. 723; *Würtenberger*, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2.^a ed. 1959.

I. Naturaleza y función del tipo de culpabilidad

1. El tipo en sentido amplio comprende a todos aquellos elementos de los que depende el merecimiento de pena de una acción (vid. *supra* § 7 I 1). Incluye tanto elementos del injusto como de la culpabilidad y por ello es equivalente al tipo delictivo (por ejemplo, asesinato, infanticidio¹, puesta en peligro del tráfico viario). **Dentro del concepto de tipo en sentido laxo hay que distinguir entre el tipo de injusto y el tipo de culpabilidad** (vid. *supra* § 25 I 3)². Al tipo de injusto pertenecen aquellos elementos del tipo delictivo que describen el comportamiento prohibido así como la disposición del autor referida al mismo (dolo o imprudencia) (vid. *supra* § 25 I 2), mientras que por el contrario el tipo de culpabilidad está integrado por aquellos factores que caracterizan más detalladamente a la actitud jurídica interna del autor actualizada en el hecho.

Naturalmente, en lo que respecta al tipo de la culpabilidad hay que hacer dos restricciones: *de un lado*, en aquél sólo pueden contarse elementos que describen *exclusiva e inmediatamente* el contenido de culpabilidad del hecho pues, de lo contrario, decaería

¹ El delito de infanticidio (anteriormente regulado en el § 217 StGB) se encuentra actualmente derogado (N del T).

² Acerca del tipo de la culpabilidad *Gallas*, Beiträge págs. 43 ss.; anteriormente ya en este sentido, *Goldschmidt*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 461 ss.; *Lange*, JR 1949, pág. 166; *Mezger*, NJW 1953, pág. 2. Vid. también *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift pág. 190. Entretanto esta teoría ha seguido progresando; vid. *Engisch*, DJT-Festschrift Tomo II pág. 413; *Maihofer*, H. Mayer-Festschrift págs. 199 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 452 ss.; *el mismo*, Studienbuch págs. 185 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 17/43; *WK* (*Nowakowski*) nota preliminar núm. 53 antes del § 3; *Schönkel/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 44 antes del § 13; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen pág. 229. Son adversarios de tal teoría *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 55 ss.; *Hirsch*, Negative Tatbestandsmerkmale pág. 13 nota a pie núm. 1; *LK* (11.^a) (*Hirsch*) nota preliminar núm. 187 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil § 24 núm. 2; *Welzel*, Lehrbuch pág. 55. Estos autores o niegan la existencia de elementos especiales de la culpabilidad o su tipicidad para determinadas clases de delito.

la distinción entre el injusto y la culpabilidad³. Pero con ello no se hace aquí referencia al contenido de la culpabilidad del hecho que consiste en la imputación subjetiva del injusto cometido, sino que se tienen en cuenta elementos adicionales que caracterizan a la culpabilidad de forma *autónoma* y no sólo como un reflejo de los componentes del injusto. *De otro*, el tipo de la culpabilidad sólo abarca aquellos *elementos típicos* de una determinada clase de delito, de modo que la capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuricidad no entran en consideración como elementos *generales* (desvinculados típicamente) de la culpabilidad. Asimismo, en este lugar no son contempladas las causas de exculpación puesto que éstas, por regla general (constituyen una excepción los §§ 157 y 258 V), tampoco están referidas a una determinada clase de delito (vid. *infra* §§ 44-47)⁴.

2. Ya en el StGB de 1871 aparecían elementos del tipo delictivo de la culpabilidad⁵, aunque la proclividad por su aplicación, sobre todo como manifestación de los componentes de la actitud interna, fue sólo un dato característico del moderno desarrollo del Derecho penal. Esto está relacionado con el empeño del legislador de orientar más intensamente los criterios jurídicos hacia la *personalidad del autor* (“**individualización del Derecho penal**”) y de diferenciar los tipos delictivos de acuerdo con conceptos valorativos de índole ética (“**moralización del Derecho penal**”) ⁶. Presupuesto para ello fue el reconocimiento de un concepto material de culpabilidad que no sólo divisa a ésta como la suma de las causas de imputación subjetiva, sino como la falta de una actitud jurídica interna que es valorativamente reproachable (vid. *supra* § 38 II 5) que vino así a convertir a la culpabilidad en una magnitud susceptible de graduación. De ahí que, desde siempre, aunque en los últimos tiempos cada vez más, sean aplicados elementos especiales de la culpabilidad para delimitar el ámbito del merecimiento de pena (elementos de la culpabilidad que fundamentan o excluyen la pena) o para graduarlo (elementos

³ Al respecto vid. *Gallas*, Beiträge pág. 44; vid., además, la crítica de *Stratenwerth*, v. *Weber-Festschrift* págs. 181 ss. a la aplicación extensiva del concepto de actitud interna por *Schmidhäuser*, *Gesinnungsmerkmale* págs. 175 ss., sobre cuya base *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* págs. 246 ss., ha variado su teoría.

⁴ Por el contrario, *Jakobs*, *Allg. Teil* 17/44 ss., configura un “tipo global de la culpabilidad” que debe incluir, en primer lugar, el injusto como punto de referencia de la culpabilidad, en segundo lugar la totalidad de los elementos positivos de la culpabilidad e, incluso finalmente, los supuestos de inexigibilidad. De modo similar, con un planteamiento integrador *Schmidhäuser*, *Engisch-Festschrift* pág. 447.

⁵ La “premeditación”, único elemento subjetivo caracterizador del asesinato hasta 1941, fue entendida correctamente como un elemento de la culpabilidad (*Frank*, § 211, anotación I 2: “ponderación de los motivos que se contrastan”) y, sin embargo, considerada como elemento subjetivo del injusto por parte de la jurisprudencia (RG JW 1936, pág. 1128; RG 74, 84 [86]).

⁶ La funcionalización del principio de culpabilidad por parte de *Jakobs*, *Allg. Teil* 17/21, ha dado lugar a un nuevo alejamiento de los conceptos ético-valorativos.

de la culpabilidad que agravan o atenúan la pena). Para los elementos de la culpabilidad rigen reglas especiales sobre el error y la participación (vid. *infra* § 42 III).

Ejemplos: La puesta en peligro de otro en el tráfico viario que, de acuerdo con los §§ 1 II, 49 núm. 1 StVO es infracción administrativa, será punible bajo determinadas circunstancias cualificadoras del injusto si, además, el autor actúa "sin consideración" (§ 315 c I núm. 2) (BGH VRS 23, 292; OLG Köln VRS 59, 123: actitud hacia el tráfico vial "extremadamente" reprochable). Elemento de la actitud interna es, asimismo, la "maliciosidad" en los §§ 90a núm. 1, 130 I núm. 2 y 223b⁷. La joven edad de un interviniente puede ser causa de atenuación de la culpabilidad. Por ello quedan impunes por el coito entre parientes, los descendientes y hermanos si los mismos, al tiempo de la comisión del hecho, no habían cumplido los 18 años (§ 173 III). El asesinato (§ 211) es particularizado como un tipo cualificado frente al homicidio a través de elementos que en parte expresan una culpabilidad intensificada (por ejemplo, móviles abyectos). En el infanticidio (§ 217⁸) la culpabilidad disminuida se caracteriza por la maternidad no matrimonial y su influjo psíquico sobre el nacimiento.

3. El **sentido del tipo de culpabilidad** es el de integrar aquellos elementos autónomos del tipo delictivo que muestran la posición actualizada del autor en el hecho frente al específico mandato jurídico, bien como algo especialmente reprochable o bien como algo relativamente íntegro.

II. Los elementos del tipo de culpabilidad

Dentro del tipo de la culpabilidad hay que distinguir *tres grupos* de elementos:

1. En primer lugar, hay **elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente**⁹. De acuerdo con la doctrina clásica, el legislador ha anudado aquí la existencia de ciertas circunstancias exteriores que son idóneas para ejercer influencia sobre la formación de la voluntad atenuando o excluyendo el reproche culpabilístico, a la *presunción irrefutable* de que, efectivamente, han desarrollado tal influjo¹⁰. Por el contrario, *Maihofer* no fundamenta los elementos de la culpabili-

⁷ El § 223b se corresponde con el actual § 225 (N del T).

⁸ El delito de infanticidio (§ 217) se encuentra actualmente derogado (N del T).

⁹ Vid. *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs págs. 5 ss.; *Hegler*, Frank-Festgabe Tomo I págs. 252 ss.; v. *Liszt/Schmidt*, págs. 189 ss.; *Mezger*, Lehrbuch pág. 270; *Thierfelder*, Objektiv gefagte Schuldmerkmale págs. 44 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 123 antes del § 13; *LK* (11.^a) (*Jescheck*) nota preliminar núm. 81 antes del § 13; *Küper*, GA 1968, pág. 326; *Wessels*, Allg. Teil núm. 422. En contra del reconocimiento de elementos de la culpabilidad comprendidos objetivamente *Blei*, Allg. Teil, 17.^a ed. pág. 162; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 56.

¹⁰ Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 123 antes del § 13; *Nowakowski*, ZStW 63 (1951), pág. 320; *Küper*, GA 1968, pág. 325.

dad sobre una presunción, sino directamente sobre una “típica culpabilidad social y de disposición” para determinadas situaciones¹¹. También aquí lo correcto es partir del pensamiento básico del principio de culpabilidad: la posición del autor frente al Derecho se muestra diversa ante la existencia de una causa de atenuación de la culpabilidad y, ciertamente, digna de un menor reproche que en un caso normal en la medida en que el autor ha conocido la circunstancia que le beneficia (vid. también *infra* § 42 III 1a). Pero el hecho de que la simple *aptitud* de dicha circunstancia baste para su eficacia privilegiante, sin que se atiende a su verdadero significado para la formación de la voluntad, es algo que no perjudica al autor puesto que los elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente son en su totalidad causas de atenuación o exclusión de aquélla y, por ende, nunca pueden dañificarle sino sólo favorecerle. Sin embargo, deben haber sido conocidas por el autor pues de lo contrario nunca pueden haber intervenido motivándole.

Ejemplos: El privilegio del infanticidio (§ 217¹²) tiene en cuenta la situación mental de la madre soltera y las repercusiones psíquicas del nacimiento, incluso aunque estas circunstancias no hubieran influido en el hecho (RG 77, 246)¹³. Por el contrario, la atenuación punitiva del homicidio a petición (§ 216) descansa sobre un menor injusto a causa de la similitud del caso con el consentimiento¹⁴. Causas de exculpación concebidas objetivamente son también los privilegios que ostentan los parientes en la omisión de denuncia de los delitos (§ 139 III)¹⁵ y en el encubrimiento personal (§ 258 VI)¹⁶, que

¹¹ *Maihofer*, H. Mayer-Festschrift pág. 215.

¹² El delito de infanticidio (§ 217) se encuentra actualmente derogado (N del T).

¹³ Vid. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 2 núm. 66. Demostrando que el legislador quiso tener en cuenta *ambos* puntos de vista, *Göldammer*, Materialien Teil II págs. 279 ss.

¹⁴ Vid. *R. Schmitt*, *Maurach-Festschrift* págs. 117 ss. Por el contrario, *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 2 núm. 62, también destacan aquí, junto con la doctrina dominante, la “situación de conflicto similar al estado de necesidad”, lo que conduce a que el autor también disfrute de la causa de atenuación de la culpabilidad en el supuesto de que acepte erróneamente la solicitud.

¹⁵ La cuestión es discutida; en el mismo sentido que aquí, *Geilen*, JuS 1965, pág. 432; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 139 núm. 4; *SK (Rudolphi)* § 139 núm. 6; *LK (10.^a) (Hanack)* § 139 núm. 23; *Welzel*, Lehrbuch pág. 518. Por el contrario, *Lackner*, § 139 núm. 3; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 98 núm. 26; *Dreher/Tröndle*, § 139 núm. 6, acepta en estos casos la existencia de una causa personal de exclusión de la pena.

¹⁶ Asimismo, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 490. Sin embargo, y pese al reconocimiento de su naturaleza similar al estado de necesidad, en este caso es aceptada por la mayoría de la doctrina la existencia de una causa personal de exclusión de la pena; vid. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 100 núm. 24; *Dreher/Tröndle*, § 258 núm. 16; *Lackner*, § 258 núm. 17; *SK (Samson)* § 258 núm. 50. En el mismo sentido que aquí, sin embargo, *Kantorowicz*, Tat und Schuld pág. 255. *Schönke/Schröder/Stree*, § 258 núm. 39, acepta aquí una causa personal de exclusión de la pena que “desde luego está enraizada en el ámbito de la culpabilidad”.

encuentran su fundamento en constituir situaciones similares al estado de necesidad. La juventud del autor o de los demás codeincentes es tomada en cuenta en el falso testimonio realizado sin estar bajo juramento (§ 157 II) y en el coito entre parientes (§ 173 III)¹⁷.

2. Por el contrario, en los **elementos de la culpabilidad configurados subjetivamente**¹⁸ no basta su idoneidad para beneficiar al autor. La circunstancia correspondiente debe, antes bien, haber influido *realmente* en la formación de la voluntad del autor; y esto puede suceder también en el caso en el que el autor únicamente se ha representado de forma equivocada la situación que sirve de base para la atenuación de la culpabilidad.

Ejemplos: Un elemento de la culpabilidad configurado subjetivamente es la declaración en juicio bajo estado de necesidad (§ 157 I)¹⁹ y la provocación en el homicidio (§ 213). En el asesinato (§ 213), un elemento de la culpabilidad configurado subjetivamente y que determina una *agravación de la pena*, es poseer la intención de posibilitar u ocultar la comisión de otro hecho punible²⁰.

3. Los **elementos de la actitud interna** son discutidos en su delimitación y dudosos en cuanto a su posición en el concepto de delito.

a) Las situaciones anímicas caracterizadas a través de los elementos de la actitud interna (por ejemplo, la codicia, la crueldad o la desconsideración), debido a que ningún juez posee el don de leer en el interior de la persona, no pueden ser comprobadas directamente sino que sólo se deducen de las circunstancias externas del hecho a través de un *proceso deductivo*²¹. Los elementos de la actitud interna presuponen ya, pues, una situación de hecho externa demostrable a través de los medios procesales (BGH 18, 102 [107]), algo en lo que coinciden con los ele-

¹⁷ La cuestión es discutida; en el mismo sentido que aquí, *Frank*, § 173 anotación III; *Hegler*, ZStW 36 (1915) pág. 215; *Bloy*, Strafausschließungsgründe págs. 146 ss. Por el contrario, a favor de una causa personal de exclusión de la pena, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 173 núm. 9; *Dreher/Tröndle*, § 173 núm. 8; *SK (Horn)* § 173 núm. 9; *LK (10.ª)* (*Dippel*) § 173 núm. 18. A favor de un elemento negativo del tipo RG 19, 391 (393); *Kohlrausch/Lange*, § 173 anotación III 3.

¹⁸ Vid. *Thierfelder*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale págs. 80 ss.; v. *Liszt/Schmidt*, págs. 291 ss.; *Martens*, Der Irrtum über Strafmilderungsgründe pág. 23; *Wessels*, Allg. Teil núm. 422; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 123 antes del § 13.

¹⁹ Vid. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 74 núm. 107; *LK (10.ª)* (*Willms*) § 157 núms. 10 ss.

²⁰ A pesar de su estructura final, no es aceptable como elemento subjetivo del *injusto* porque la intención no afecta ni al bien jurídico ni a la forma de comisión del hecho sino que, más bien, caracteriza a la actitud del autor ante el hecho y, con ello, suministra información acerca de la motivación del mismo.

²¹ Vid. *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift pág. 177.

mentos de la culpabilidad concebidos objetiva y subjetivamente. Su peculiaridad reside en que aquí el «*comportamiento anímico contrario a la moral*» es indicado *inmediatamente* en el tipo²², por lo que permanece en manos del juez la extracción de aquellas circunstancias de la configuración del caso concreto que permiten la deducción de los elementos de la actitud interna exigidos en el tipo. Sin embargo, dado que los factores de los cuales puede ser deducida una determinada actitud interna pertenecen en parte al injusto y, en parte también, a la culpabilidad, los elementos de la actitud interna no han de considerarse unitariamente como elementos de la culpabilidad sino parcialmente como tales y, parcialmente también, como elementos del injusto (**concepción diferenciadora**)²³. Sólo pueden ser considerados como verdaderos elementos de la culpabilidad aquellos componentes de la actitud interna que carecen del correspondiente punto de referencia en la zona del injusto y que se deducen inmediata y exclusivamente de aquellas situaciones de hecho que integran el ámbito de la culpabilidad. Por el contrario, los elementos de la actitud interna que sencillamente se muestran como el reverso subjetivo de componentes específicos del injusto no son otra cosa que elementos subjetivos de éste (elementos impropios de la actitud interna). A menudo la distinción es difícil pero debe ser llevada a cabo porque, de lo contrario, no se solucionan adecuadamente problemas relativos al error y a la participación (vid. infra § 42 III).

Ejemplos: En el asesinato (§ 211) las motivaciones contrarias a la moral (los instintos sanguinarios, la satisfacción del instinto sexual, la codicia o los móviles abyectos) son genuinos elementos de la actitud interna, mientras que los componentes que se refieren a la peligrosidad o reprochabilidad de la forma de comisión del hecho (alevosía, ensañamiento, utilización de medios comúnmente peligrosos) pertenecen al tipo de injusto como distintivos de un especial desvalor de acción y sólo mediatamente describen la actitud interna. Elementos propios de la actitud interna son, además, la «brutalidad» y la «maliciosidad» en el maltrato de personas especialmente protegidas (§ 223b²⁴), así como la «desconsideración» en la puesta en peligro del tráfico viario (§ 315c I núm. 2) (OLG Stuttgart VRS 41, 274); en cambio, la «grosería» en la comisión de la acción (§§ 167 I núm. 1, 170d, 315c I núm. 2) y la «astucia» (§ 223a²⁵) pertenecen al tipo de injusto porque se refieren al modo y forma de ejecución del hecho.

²² Según la definición de Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale* pág. 217 y *Allg. Teil* pág. 455.

²³ Así, Schmidhäuser, *Allg. Teil* pág. 247; Baumann/Weber, *Allg. Teil* pág. 286; Lampe, *Das personale Unrecht* pág. 234; Langer, *Sonderverbrechen* págs. 346 ss.; Schönkel/Schröder/Lenckner, *nota preliminar* núm. 122 antes del § 13; Stratenwerth, v. Weber-Festschrift pág. 187; Welzel, *Lehrbuch* pág. 79; Wessels, *Allg. Teil* núm. 137. Vid. también Hardwig, *ZStW* 68 (1956) págs. 29 ss.

²⁴ El § 223b se corresponde con el vigente § 225 (N del T).

²⁵ La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 I 3 (N del T).

Algunas opiniones *doctrinales divergentes* consideran a los elementos de la actitud interna en parte como una intensificación del dolo del hecho²⁶, en parte como exclusivas características del injusto personal de la acción²⁷ y en parte como puros componentes de la culpabilidad²⁸. Sin embargo, únicamente resulta fundada la concepción diferenciadora que estima que los puntos de referencia externos de los elementos de la actitud interna se encuentran distribuidos por todo el ámbito del injusto y de la culpabilidad.

b) Sin embargo, frente a la creciente utilización de los elementos de la actitud interna en Derecho penal se erigen **objeciones propias del Estado de Derecho**²⁹. En primer lugar porque, a causa de su tensa ubicación en la estructura del delito entre el injusto y la culpabilidad, dificulta la diferenciación de ambos aspectos del delito. En segundo lugar, porque contradice el principio de determinación de los tipos al atribuírsele al juez la libertad de elegir discrecionalmente aquellos puntos de partida de los que puede deducir la existencia de la actitud interna presupuesta por el tipo. Finalmente, la inevitable subjetividad de los criterios dirigidos al enjuiciamiento de los elementos de la actitud interna pone en peligro la igualdad de la aplicación del Derecho. En cualquier caso, parece haber sido sobrepasado el punto álgido en el empleo de este tipo de elementos. La legislación más reciente muestra, sin embargo, una tendencia contraria³⁰.

III. Problemas relativos al error y la participación

1. El tratamiento de las **cuestiones relativas al error** en el ámbito del tipo de la culpabilidad es objeto de discusión. Para su solución hay que partir de la distinción entre tres grupos de elementos:

a) En los *elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente* el autor debe conocer el punto de referencia objetivo pues, de lo contrario, está excluida la

²⁶ Así, *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 254.

²⁷ Así, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 56; *Noll*, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe págs. 31 ss., 41 ss.; *Schweikert*, Tatbestandslehre pág. 138. Según *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 22 núm. 56 son elementos del tipo objetivo.

²⁸ Así, *Lange*, JR 1949, págs. 166 ss.; *Gallas*, Beiträge pág. 57; *Würtenberger*, Situation págs. 56 ss.

²⁹ Vid. *H. Mayer*, Grundriß pág. 54; *Stratenwerth*, v. Weber-Festschrift pág. 190; *el mismo*, Allg. Teil I núm. 334.

³⁰ Y así, en el § 170d (actual § 171) ha sido eliminado el elemento de la "mala fe" y el § 170c, que también lo acogía, ha sido completamente derogado. Lo mismo sucede con el § 170a (también derogado) que aludía a la "maliciosidad". Este último también ha sido suprimido en el § 134. No obstante, en el § 90a I núm. 1 y § 130 I núm. 2 sigue subsistiendo la alusión a la "maliciosidad".

influencia sobre la formación de su voluntad y, por ende, su actitud hacia el Derecho actualizada en el hecho cometido no puede verse afectada. En cambio, no necesita ser probado que la circunstancia conocida por el autor haya desempeñado realmente algún papel en la motivación del hecho. Pero si ha aceptado erróneamente la existencia de un elemento de la culpabilidad concebido objetivamente ello debe beneficiarle, pues entonces la formación de su voluntad ha tenido lugar bajo las mismas condiciones que en el caso de que la circunstancia hubiera concurrido realmente (*subjektivización de los elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente*)³¹.

Ejemplos: Si la mujer cree que su hijo extramatrimonial posee la condición de matrimonial entonces no puede acogerse al § 217³², mientras que sí encuentra aplicación en la hipótesis opuesta. La mujer que considera jurídicamente válida su promesa de matrimonio por creer erróneamente disuelto el matrimonio con el hombre al que encubre debe beneficiarse del § 258 VI (en otro sentido, RG 61, 270, donde es aceptada una causa personal de exclusión de la pena). Por el contrario, el error acerca de la propia edad (§§ 157 II, 173 III) así como el que versa acerca de la capacidad de culpabilidad es irrelevante, pues sólo se trata de puntos de apoyo legales para el reproche de la culpabilidad y no de situaciones que puedan influir sobre la motivación.

b) En los *elementos de la culpabilidad concebidos subjetivamente* las circunstancias externas que el tipo toma por referencia deben haber sido conocidas por el autor y haber influido realmente sobre la formación de su voluntad. No obstante, también es suficiente con que acepte erróneamente esas circunstancias y que la simple representación de las mismas haya influido en la formación de su voluntad.

Ejemplos: Si el testigo no era consciente del riesgo objetivo existente de una condena judicial, entonces no es aplicable el § 157 I. Por el contrario, la declaración bajo estado de necesidad entra en juego si sólo erróneamente el autor ha aceptado tal riesgo (RG 69, 41; 77, 219 [222]; BGH 8, 301 [317])³³.

c) En los *elementos de la actitud interna* que pertenecen al tipo de la culpabilidad lo esencial es, sencillamente, que las circunstancias sean comprobadas de un modo objetivo o subjetivo, que no afecten al injusto y que permitan inferir qué

³¹ Así, ya, *Binding*, Normen Tomo III págs. 322 ss.; vid., además, *Thierfeld*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale pág. 100; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 2 núm. 69; *Dreher/Tröndle*, § 217 núm. 2; *LK (10.ª) (Jähnke)* § 217 núm. 11; *Welzel*, Lehrbuch pág. 287; *Schönke/Schröder/Eser*, § 217 núm. 11; *Küper*, GA 1968, pág. 326.

³² Actualmente, el § 217 que acogía el delito de infanticidio se encuentra derogado (N del T).

³³ Vid. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 74 núm. 107; *Schönke/Schröder/Lenkner*, § 157 núm. 6; *LK (10.ª) (Willms)* § 157 núm. 10; correlativamente acerca del § 213 vid. *Wendt*, JZ 1951, pág. 723.

comportamiento moral es contrario al valor ético reclamado por el tipo. Incluso cuando el autor se equivoca tal inferencia es posible bajo ciertas circunstancias.

Ejemplo: El miembro de un partido que, conscientemente y con una actitud interna hostil, menosprecia en un mitin a la República Federal, actúa maliciosamente en el sentido del § 90 a I núm. 1 incluso aunque erróneamente tenga por ciertos los hechos sobre los que fundamenta su crítica.

2. En el marco de la **participación** todos los elementos del tipo de la culpabilidad deben ser tratados de acuerdo con el principio según el cual la culpabilidad del coautor, del inductor y del cómplice es independiente de la del resto de codelincuentes (§ 29). Esto rige para los elementos que fundamentan, excluyen, agravan o atenúan la pena. En este punto se diferencian los componentes de la culpabilidad de los elementos subjetivos del injusto, pues en estos últimos una relajación de la accesoriedad sólo tiene lugar cuando se trata de “circunstancias personales especiales” (§ 28) (vid., más detalladamente, *infra* § 61VII 4, 5).

Ejemplos: Si el inductor actúa movido por móviles abyectos y, por el contrario, haciéndolo el autor tan sólo dolosamente, entonces aquél deberá ser castigado por una inducción al asesinato (§ 211) (de otra opinión BGH 1, 368 [371] en la que se considera a tales móviles como un elemento del injusto). De igual modo, el propio cómplice debió actuar maliciosamente en el sentido del § 1 I KWVO, no bastando con que simplemente conociera la concurrencia de la maliciosidad en la persona del autor (de otro criterio, OGH 2, 50 [57]). Si el inductor a un delito doloso contra la seguridad del tráfico no actúa con desconsideración según el § 315c I núm. 2, debido a que el recorrido a gran velocidad perseguía una finalidad merecedora de aprobación, entonces únicamente puede ser castigado con una sanción pecuniaria por la comisión una infracción administrativa de conformidad con los §§ 1 II StVO, 14 OWiG, 49 I núm. 1 StVO.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO GENERAL

- | | |
|---|--|
| Agge/Thornstedt, Das schwedische Strafrecht | <i>Agge, Ivar u. H. Thornstedt</i> : Das schwedische Strafrecht, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, ed. por <i>Edmund Mezger, A. Schönke y H.-H. Jescheck</i> , Tomo V, 1976, p. 252. |
| AK (nombre del autor) | Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare), Tomo I, §§ 1-21, ed. por <i>R. Wassermann</i> , elaborado por <i>W. Hassemer</i> y otros, 1990. |
| Allfeld, Lehrbuch | <i>Allfeld, Philipp</i> : Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. ^a ed. de la obra fundada por <i>Hugo Meyer</i> , 1934. |
| Antón Oneca, Derecho Penal | <i>Antón Oneca, José</i> : Derecho Penal, Tomo I, Parte general, 1984. |
| v. Bar, Gesetz und Schuld | <i>Bar, Ludwig von</i> : Gesetz und Schuld im Strafrecht, Tomo I: Das Strafgesetz, 1906; Tomo II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907; Tomo III: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, 1909. |
| Baumann/Weber, Allg. Teil | <i>Baumann, Jürgen y U. Weber</i> : Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. ^a ed., 1985. |
| Beling, Grundzüge | <i>Beling, Ernst</i> : Grundzüge des Strafrechts, 11. ^a ed., 1930 [si no se señala algo distinto]; 2. ^a ed., 1902. |
| Beling, Die Lehre vom Verbrechen | <i>Beling, Ernst</i> : Die Lehre vom Verbrechen, 1906. |
| Van Bemmelen/van Veen, Ons Strafrecht | <i>Bemmelen, Jakob M. van</i> : Ons strafrecht, Teil I: Het materiële strafrecht, Algemeen deel, 10. ^a ed., elaborada por <i>Th. W. Van Veen</i> , 1989; 11. ^a |

- ed., elaborada por *D. H. De Jong* y *G. Knigge*, 1994 (en esta edición del libro aún no ha sido tenida en cuenta).
- Berner, Lehrbuch *Berner, Albert Friedrich*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1857 [si no se especifica otra cosa]; 18.^a ed. 1898.
- Bettiol/Pettoello Mantovani, Diritto Penale *Bettiol, Giuseppe* y *L. Pettoello Mantovani*: Diritto penale, Parte generale, 12.^a ed., 1986.
- Binding, Handbuch *Binding Karl*: Handbuch des Strafrechts, Tomo I, 1885.
- Binding, Lehrbuch *Binding, Karl*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Tomo I, 2.^a ed., 1902; Tomo II, 1, 2.^a ed., 1904; Tomo II, 2, 1905.
- Binding, Normen *Binding, Karl*: Die Normen und ihre Übertretung, Tomo I, 2.^a ed., 1890 (4.^a ed., inalterada, 1922); Tomo II, 1, 2.^a ed., 1914; Tomo II, 2, 2.^a ed., 1916; Tomo III, 1918; Tomo IV, 1919.
- Blei, Allg. Teil *Blei, Hermann*: Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18.^a ed., de la obra fundada por *Edmund Mezger*, 1983.
- Bockelmann, Bes. Teil *Bockelmann, Paul*: Strafrecht Besonderer Teil, Tomo II: Delikte gegen die Person, 1977.
- Bockelmann, Einführung *Bockelmann, Paul*: Einführung in das Recht, corregida y ampliada. Nueva edición, 1975.
- Bockelmann, Untersuchungen *Bockelmann, Paul*: Strafrechtliche Untersuchungen, 1957.
- Bockelmann/Volk, Allg. Teil Strafrecht, Allgemeiner Teil, fundada por *Paul Bockelmann*, 4.^a ed., actualizada por *Klaus Volk*, 1987.
- Bouzat, Traité *Bouzat, Pierre* y *J. Pinatel*: Traité de droit pénal et de criminologie, Tomo I: Droit pénal général, 2.^a ed., 1970, de *Pierre Bouzat*, 1975.
- Bricola/Zagrebelski (eds.), Codice penale, Parte generale Codice penale, Parte generale, de *Franco Bricola*, I-III, 1984; Parte speciale, de *Vladimiro Zagrebelsky*, I, II, 1975.

- | | |
|--|--|
| Bruns, Recht der Strafzumessung | <i>Bruns, Hans-Jürgen</i> : Das Recht der Strafzumessung, 2. ^a ed., 1985. |
| Bruns, Strafzumessungsrecht | <i>Bruns, Hans-Jürgen</i> : Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2. ^a ed., 1974. |
| Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz | <i>Calliess, Rolf-Peter y H. Müller-Dietz</i> : Strafvollzugsgesetz, 6. ^a ed., 1994. |
| Cerezo Mir, Curso I, Curso II | <i>Cerezo Mir, José</i> : Curso de Derecho penal español, Parte general, Tomo I, 4. ^a ed., 1994, Tomo II, 1990. |
| Clark/Marshall, Treatise | <i>Clark, William, L. y W. L. Marshall</i> : A treatise on the law of crimes, 7. ^a ed. de Marian Quinn Barnes, 1967. |
| Cobo del Rosal/Vives Antón, Derecho Penal | <i>Cobo del Rosal, Manuel y T.S. Vives Antón</i> : Derecho penal, Parte general, 3. ^a ed., 1990. |
| Constant, Traité | <i>Constant, Jean</i> : Traité élémentaire de droit pénal, Tomos I, II, 1965. |
| Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo | <i>Córdoba Roda, Juan y G. Rodríguez Mourullo</i> : Comentarios al Código penal, Tomos I, II, 1972; Tomo III, 1978. |
| Crespi/Zuccalà/Stella, Commentario | <i>Crespi, Alberto, G., Zuccalà y F. Stella</i> : Commentario breve al codice penale, 2. ^a ed., 1992; Complemento giurisprudenziale, 3. ^a ed., 1994. |
| da Costa jr., Comentários | <i>da Costa, Paulo José, jr.</i> : Comentários ao Código penal, Tomo I: Parte geral, 2. ^a ed., 1987. |
| de Jesus, Comentários, Tomos I, II | <i>Jesus Damásio Evangelista de</i> : Comentários ao Código penal, Parte geral, Tomo I, II, 2. ^a ed., 1986. |
| del Rosal, Tratado, Tomos I, II | <i>del Rosal, Juan</i> : Tratado de derecho penal español, Parte general, Tomo I, 2. ^a ed., 1976; Tomo II, 1972. |
| Desportes/Le Gunehec, Présentation | <i>Desportes, Frédéric y F. Le Gunehec</i> : Présentation du nouveau Code pénal (Lois n.º 92-783 á 92-686 de 22 de julio de 1992), en: La Semaine Juridique 1992, Edition générale I, p. 411 (JCP 1992, Ed. G. I, 3615). |

- | | |
|---|--|
| Graf zu Dohna, Verbrechenslehre | <i>Dohna, Alexander Graf zu</i> : Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. ^a ed., 1950. |
| Donnedieu de Vabres, Traité | <i>Donnedieu de Vabres, Henri</i> : Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, 3. ^a ed., 1947. |
| Dreher/Tröndle | <i>Dreher, Eduard</i> : Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 46. ^a ed., de la obra fundada por <i>Otto Schwarz</i> . Continuada por <i>Herbert Tröndle</i> , 1993; 47. ^a ed., 1995. |
| Dupont/Verstraeten, Handboek | <i>Dupont, Lieven y R. Verstraeten</i> : Handboek Belgisch strafrecht, 1990. |
| Ebert, Allg. Teil | <i>Ebert, Udo</i> : Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. ^a ed., 1994. |
| Eisenberg, Kriminologie | <i>Eisenberg, Ulrich</i> : Kriminologie, 3. ^a ed., 1990. |
| Encyclopedia | <i>Bernhardt, Rudolf</i> (ed.), Encyclopedia of Public International Law, Tomo I, 1992, Tomo II, 1995. |
| Engisch, Einführung | <i>Engisch, Karl</i> : Einführung in das juristische Denken, 8. ^a ed., 1983. |
| Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze | <i>Erbs, Georg, y M. Kohlhaas</i> : Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, Tomos I-IV, 5. ^a ed., 1993 ss. |
| Eser/Burkhardt, Strafrecht I | <i>Eser, Albin y B. Burkhardt</i> : Strafrecht I, 4. ^a ed., 1992. |
| Eser, Strafrecht II | <i>Eser, Albin</i> : Strafrecht II, 3. ^a ed., 1980. |
| Feuerbach, Lehrbuch | <i>Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von</i> : Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1. ^a ed., 1801 [si no se señala otra cosa], 3. ^a ed., 1805, 4. ^a ed., 1808, 11. ^a ed., 1832, 13. ^a ed., publicada por <i>Carl J. A. Mittermaier</i> , 1840. |
| Feuerbach, Revision | <i>Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von</i> : Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Parte I, 1799; Parte II, 1800. |

- | | |
|--|---|
| Fiandaca/Musco, Diritto penale | <i>Fiandaca, Giovanni y E. Musco</i> : Diritto penale, Parte generale, 2. ^a ed., 1989. |
| Fiore, Diritto penale I | <i>Fiore, Carlo</i> : Diritto penale. Parte generale I, 1993. |
| Foregger/Serini, StGB | <i>Foregger, Egmont y E. Serini</i> : Strafgesetzbuch, samt den wichtigsten Nebengesetzen, 5. ^a ed., de <i>E. Foregger y G. Kodek</i> , 1991. |
| Fornasari, Principi | <i>Fornasari, Gabriele</i> : I principi del diritto penale tedesco, 1993. |
| Fragoso, Lições | <i>Fragoso, Heleno Cláudio</i> : Lições de direito penal, A nova parte geral, 8. ^a ed., 1985. |
| Frank | <i>Frank, Reinhard</i> : Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. ^a ed., 1931 con adición de "Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931-1935" de <i>Ernst Schäfer y H. v. Dohnanyi</i> , 1936. |
| Gallas, Beiträge | <i>Gallas, Wilhelm</i> : Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968. |
| Gerland, Lehrbuch | <i>Gerland, Heinrich Balthasar</i> : Deutsches Reichsstrafrecht, 2. ^a ed., 1932. |
| Germann, Das Verbrechen | <i>Germann, Oskar Adolf</i> : Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942. |
| Gimbernat Ordeig, Das spanische Strafrecht | <i>Gimbernat Ordeig, Enrique</i> : Das spanische Strafrecht, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, editado por <i>Edmund Mezger, A. Schönke y H.-H. Jescheck</i> , Tomo VI, 1982, p. 301. |
| Göhler, OWiG | <i>Göhler, Erich</i> : Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 11. ^a ed., 1995. |
| Göppinger, Kriminologie | <i>Göppinger, Hans</i> : Kriminologie, 4. ^a ed., 1980. |
| Goldammer, Materialien | <i>Goldammer, Theodor</i> : Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten, Tomo I, 1851; Tomo II, 1852. |
| Graven, L'infraction | <i>Graven, Philippe</i> : L'infraction pénale punissable, 1993. |
| Grünhut, Das englische Strafrecht | <i>Grünhut, Max</i> : Das englische Strafrecht en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, ed., por |

- Edmund Mezger, A. Schönke y H.-H. Jescheck*, Tomo III, 1959, p. 133.
- Haft, Allg. Teil *Haft, Fritjof*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6.^a ed., 1994.
- Hafer, Allg. Teil *Hafer, Ernst*: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2.^a ed., 1946.
- J. Hall, General Principles *Hall, Jerome*: General principles of criminal law, 2.^a ed., 1960.
- Hassemer, Einführung *Hassemer, Winfried*: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2.^a ed., 1990.
- Hazewinkel-Suringa/Remmelink, Inleiding *Hazewinkel-Suringa, Derkje*: Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, 13.^a ed., elaborada por *Jan Remmelink*, 1994.
- Henkel, Rechtsphilosophie *Henkel, Heinrich*: Einführung in die Rechtsphilosophie, 2.^a ed., 1977.
- Hennau/Verhaegen, Droit pénal général *Hennau, Christiane y J. Verhaegen*: Droit pénal général, 1991.
- Hesse, Grundzüge *Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19.^a ed., 1993.
- v. Hippel, Tomos I, II *Hippel, Robert von*: Deutsches Strafrecht, Tomo I: Allgemeine Grundlagen, 1925; Tomo II: Das Verbrechen. Allgemeine Lehren, 1930.
- v. Hippel, Lehrbuch *Hippel Robert von*: Lehrbuch des Strafrechts, 1932.
- Honig, Das amerikanische Strafrecht *Honig, Richard*: Das amerikanische Strafrecht en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, ed. por *Edmund Mezger, A. Schönke y H.-H. Jescheck*, Tomo IV, 1962, p. 7.
- Hruschka, Strafrecht *Hruschka, Joachim*: Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle zum Allgemeinen Teil, 2.^a ed., 1988.
- Hurtado Pozo, Droit pénal *Hurtado Pozo, José*: Droit pénal, Partie générale 1, 1991.

- | | |
|--|--|
| Jakobs, Allg. Teil | <i>Jakobs, Günther</i> : Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ^a ed., 1991. |
| Jeandidier, Droit pénal général | <i>Jeandidier, Wilfrid</i> : Droit pénal général, 2. ^a ed., 1991. |
| Jescheck, Strafrecht | <i>Jescheck, Hans-Heinrich</i> : Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft, 1980. |
| Jiménez de Asúa, Tratado | <i>Jiménez de Asúa, Luis</i> : Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 3. ^a ed., 1964; Tomo II, 3. ^a ed., 1964; Tomo III, 3. ^a ed., 1965; Tomo IV, 3. ^a ed., 1976; Tomo V, 2. ^a ed., 1963; Tomo VI, 1962; Tomo VII, 1970. |
| Jung, Sanktionensysteme | <i>Jung, Heike</i> : Sanktionensysteme und Menschenrechte, 1992. |
| Kaiser, Kriminologie | <i>Kaiser, Günther</i> : Kriminologie. Ein Lehrbuch, 2. ^a ed., 1988. |
| Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug | <i>Kaiser, Günther, H.-J. Kerner y H. Schöch</i> : Strafvollzug. Ein Lehrbuch, 4. ^a ed., 1992. |
| Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (eds.),
Kleines kriminologisches Wörterbuch | Kleines kriminologisches Wörterbuch, ed., por <i>Günther Kaiser, H.-J. Kerner, F. Sack y H. Schellhoss</i> , 3. ^a ed., 1993. |
| Kenny/Turner, Outlines | <i>Kenny, Courtney Stanhope</i> : Outlines of Criminal Law, 19. ^a ed., de <i>Cecil Turner</i> , 1966. |
| Kienapfel, Allg. Teil | <i>Kienapfel, Diethelm</i> : Strafrecht, Allgemeiner Teil [deutsches Strafrechts], 4. ^a ed., 1984. |
| Kienapfel, Grundriß | <i>Kienapfel, Diethelm</i> : Grundriß des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. ^a ed., 1994. |
| KK OWiG (nombre del autor) | Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ed., por <i>Karlheinz Boujong</i> , 1989. |
| Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO | <i>Kleinknecht, Theodor</i> : Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 42. ^a ed., de la obra fundada por <i>Otto Schwarz</i> , continuada por <i>Lutz Meyer-Goßner</i> , 1995. |

- KMR
Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, fundada por *Theodor Kleinknecht*, *H. Müller* y *L. Reitberger*, 8.^a ed., reelaborada por *G. Fezer* y *R. Paulus*, Ordner I, II, 1989 ss., junto con un tomo complementario: Gerichtsverfassungsgesetz, 1981.
- Köstlin, System
Köstlin, Christian Reinhold: System des deutschen Strafrechts, Parte .º: Allgemeiner Theil, 1855.
- Kohlrausch/Lange
Kohlrausch, Eduard: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43.^a ed., elaborada por *Richard Lange*, 1961.
- Kühl, Allg. Teil
Kühl, Kristian: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1994.
- Lackner
Lackner, Karl: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 20.^a ed., 1993; 21.^a ed., publicada por *Karl Lackner* y comentada por *Karl Lackner* y *Kristian Kühl*, 1995.
- LaFave/Scott, Substantive criminal law I, II
LaFave, Wayne R. y *A. W. Scott jr.*: Substantive criminal law, Tomos I, II, 1986.
- LaFave/Israel, Criminal Procedure
LaFave, Wayne R. y *J. H. Israel*: Criminal procedure, 2.^a ed., 1992.
- Legros, Avant-projet (belga)
Legros, Robert: Avant-projet de code pénal, 1985.
- Leukauf/Steininger
Leukauf, Otto, y *H. Steininger*: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3.^a ed., continuada por *Herbert Steininger*, 1992.
- v. Liszt, Lehrbuch
Liszt, Franz von: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1.^a ed.: Das deutsche Reichsstrafrecht, 1881; 2.^a ed., 1884; 3.^a ed., 1888; 4.^a ed., 1891; 6.^a ed., 1894; 8.^a ed., 1897; 12/13.^a ed., 1903; 14/15.^a ed., 1905; 18.^a ed., 1911; 21/22.^a ed., 1919.
- v. Liszt/Schmidt
Liszt, Franz von: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25.^a ed., elaborada por *Eberhard Schmidt*, 1927; 26.^a ed., Tomo I, Einleitung und Allg. Teil, 1932.

- LK (nombre del autor) Straßgesetzbuch, Leipziger Kommentar, fundado por *Ludwig Ebermayer* (y otros), 11.^a ed., publicada por *Burkhard Jähnke*, *H. W. Laufhütte* y *W. Odersky*, 1992 ss.; 10.^a ed., publicada por *Hans-Heinrich Jescheck*, *W. Ruß* y *G. Willms*, Tomos I-III, 1985; 9.^a ed., publicada por *Paulheinz Baldus* y *G. Willms*, Tomos I, II, 1974, Tomo III, 1977; 8.^a ed., publicada por *Heinrich Jagusch* (y otros), Tomo I, 1957, Tomo II, 1958.
- Löwe/Rosenberg (nombre del autor) *Löwe, Ewald* y *W. Rosenberg*: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, 24.^a ed., publicada por *Peter Rieß*, 1984 ss.
- Mangakis, Das griechische Strafrecht *Mangakis, Georgios A.*: Das griechische Strafrecht, Allgemeiner Teil, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, ed. por *Edmund Mezger*, *A. Schönke* y *H.-H. Jescheck*, Tomo III, 1959, p. 255.
- Mantovani, Diritto penale *Mantovani, Ferrando*: Diritto penale, Parte generale, 3.^a ed., 1992.
- Marcus, Das Strafrecht Dänemarks *Marcus, Franz*: Das Strafrecht Dänemarks, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, ed. por *Edmund Mezger*, *A. Schönke* y *H.-H. Jescheck*, Tomo I, 1955, p. 67.
- Maunz/Dürig *Maunz, Theodor* y *G. Dürig*: Grundgesetz, Kommentar, Tomos I-IV, 7.^a ed., 1991 ss.
- Maurach/Zipf, Allg. Teil I *Maurach, Reinhart*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo 1, continuado por *Heinz Zipf*, 8.^a ed., de la obra fundada por *Reinhart Maurach*, 1992.
- Maurach/Gössel/Zipf, Allg. Teil II *Maurach, Reinhart*: Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo 2, continuado por *Karl Heinz Gössel* y *H. Zipf*, 7.^a ed., de la obra fundada por *Reinhart Maurach*, 1989.
- Maurach/Schroeder/Maiwald, Bes. Teil 1 *Maurach, Reinhart*: Strafrecht, Besonderer Teil, Tomo 2, continuado por *Friedrich-Christian Schroeder* y *Manfred Maiwald*, 7.^a ed. de la obra fundada por *Reinhart Maurach*, 1991.

- H. Mayer, Grundriß *Mayer, Hellmuth: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967.*
- H. Mayer, Lehrbuch *Mayer, Hellmuth: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953.*
- M. E. Mayer, Lehrbuch *Mayer, Max Ernst: Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1915 (2.ª ed., inalterada, 1923).*
- Merkel, Lehrbuch *Merkel, Adolf: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889.*
- Merle/Vitu, Traité *Merle, Roger y A. Vitu: Traité de droit criminel, Tomo I, 6.ª ed., 1989; Tomo II, 4.ª ed., 1989.*
- Mezger, Lehrbuch *Mezger, Edmund: Strafrecht, 3.ª ed. (inalterada con introducción de la nueva situación) 1949.*
- Mezger, Moderne Wege *Mezger, Edmund: Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950.*
- Ministère de la Justice, Circulaire *Ministère de la Justice: Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, 1993.*
- Mir Puig, Derecho penal *Mir Puig, Santiago: Derecho penal, Parte general, 3.ª ed., 1990.*
- Mir Puig, Adiciones, Tomos I, II *Mir Puig, Santiago: Traducción y adiciones de derecho penal español [traducción al español de la obra de H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3.ª ed., 1978, con adiciones del Derecho español], Tomo I: pp. 261 ss.; Tomo II: pp. 698 ss., 1981 (vid. también Muñoz Conde).*
- Mommsen, Römisches Strafrecht *Mommsen, Theodor: Römisches Strafrecht, 1899.*
- Müller-Gugenberger (ed.), Wirtschaftsstrafrecht *Müller-Gugenberger, Christian (ed.): Wirtschaftsstrafrecht, 2.ª ed., 1992.*
- Muñoz Conde, Adiciones, Tomos I, II *Muñoz Conde, Francisco: Traducción y adiciones de derecho penal español [traducción al español de la obra de H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3.ª ed., 1978, con adiciones del Derecho español], Tomo I: pp. 1 ss.; Tomo II: pp. 1043 ss., 1981 (vid. también Mir Puig).*

- NK (nombre del autor) Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, por *Ulfrid Neumann y H. Jung*, 1995 ss.
- Naucke, Einführung *Naucke, Wolfgang*: Strafrecht. Eine Einführung, 6.^a ed., 1991.
- Noll/Trechsel, Allg. Teil I *Noll, Peter*: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo I, 3.^a ed., elaborada por *Stefan Trechsel*, 1990. A partir del § 17 del Manual: *Trechsel, Stefan*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4.^a ed. reelaborada del libro de *Peter Noll* "Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I", 1994.
- Nowakowski, Grundriß *Nowakowski, Friedrich*: Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955.
- Nowakowski, Perspektiven *Nowakowski, Friedrich*: Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik, 1981.
- Nowakowski, Das österreichische Strafrecht *Nowakowski, Friedrich*: Das österreichische Strafrecht en: Das ausländische Recht der Gegenwart, ed. por *Edmund Mezger, A. Schönke y H.-H. Jescheck*, Tomo III, 1959, p. 415.
- Nuvolone, Sistema *Nuvolone, Pietro*: Il sistema del diritto penale, 2.^a ed., 1982.
- Olshausen *Olshausen, Justus von*: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12.^a ed., elaborada por *Hans Freiesleben* (y otros) (§§ 1-72 por *Emil Niethammer*), 1942 [si no se indica otra cosa]; 11.^a ed., elaborada por *Karl Lorenz* (y otros), 1927.
- Otto, Grundkurs *Otto Harro*: Grundkurs Strafrecht, Tomo I: Allgemeine Strafrechtslehre, 4.^a ed., 1992; Tomo II: Die einzelne Delikte, 3.^a ed., 1991.
- Pagliari, Principi *Pagliari, Antonio*: Principi di diritto penale, Parte generale, 4.^a ed., 1993.
- Pfenninger, Das schweizerische Strafrecht *Pfenninger, Hans Felix*: Das schweizerische Strafrecht, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, ed. por *Edmund Mezger, A. Schönke y H.-H. Jescheck*, Tomo II, 1957, p. 149.

- Pohlmann/Jabel, Strafvollstreckungsordnung
Pohlmann, Hans y H.-P. Jabel: Strafvollstreckungsordnung. Kommentar, 6.^a ed., 1981.
- Pompe, Handboek
Pompe Willem P. J.: Handboek van het Nederlandse strafrecht, 5.^a ed., 1959.
- Pompe, Das niederländische Strafrecht
Pompe, Willem P. J.: Das niederländische Strafrecht, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, ed. por Edmund Mezger, A. Schönke y H.-H. Jescheck, Tomo V, 1976, p. 7.
- Pradel, Le nouveau Code pénal
Pradel, Jean: Le nouveau Code pénal, Partie générale, 1994.
- Preisedanz, Strafgesetzbuch
Preisedanz, Holger: Strafgesetzbuch, 30.^a ed., de la obra fundada por Walter Petters, 1978.
- Rebmann/Uhlig
Rebmann, Kurt y S. Uhlig: Bundeszentralregistergesetz, 1985.
- Rehberg, Strafrecht I
Rehberg, Jörg: Strafrecht I: Verbrechenslehre, 5.^a ed., de la obra fundada conjuntamente con Robert Hauser, 1993.
- Reiðsig
Reiðsig, Gottfried (ed.): Strafgesetzbuch, 3.^a ed., 1977.
- Rittler, Tomo I
Rittler, Theodor: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Tomo I, Allgemeiner Teil, 2.^a ed., 1954.
- Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, Derecho penal
Rodríguez Devesa, José María: Derecho penal español, Parte general, 17.^a ed., elaborada por Alfonso Serrano Gómez, 1994.
- Romano, Commentario
Romano, Mario: Commentario sistematico del Codice penale, Tomo I, 1987; 2.^a ed., 1995.
- Romano/Grasso, Commentario
Romano, Mario, G. Grasso y T. Padovani, Commentario sistematico del Codice penale, Tomo III, 1994.
- Roxin, Allg. Teil I
Roxin, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2.^a ed., 1994.
- Roxin, Grundlagenprobleme
Roxin, Claus: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973.

- | | |
|--------------------------------------|--|
| Roxin y otros, Einführung | <i>Roxin, Claus, W. Stree, H. Zipf y H. Jung:</i> Einführung in das neue Strafrecht, 2. ^a ed., 1975. |
| Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre | <i>Sauer, Wilhelm:</i> Allgemeine Strafrechtslehre, 3. ^a ed., completamente renovada de "Grundlagen des Strafrechts", 1955. |
| Sauer, Bes. Teil | <i>Sauer, Wilhelm:</i> System des Strafrechts, Besonderer Teil, 1954. |
| Sauer, Grundlagen | <i>Sauer, Wilhelm:</i> Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie, 1921. |
| Schäfer, Praxis | <i>Schäfer, Gerhard:</i> Praxis der Strafzumessung, 1990. |
| Schaffstein, Die allgemeinen Lehren | <i>Schaffstein, Friedrich:</i> Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930. |
| Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht | <i>Schaffstein, Friedrich y W. Beulke:</i> Jugendstrafrecht, 11. ^a ed., 1993; 12. ^a ed., 1995. |
| Schmidhäuser, Allg. Teil | <i>Schmidhäuser, Eberhard:</i> Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2. ^a ed., 1975. |
| Schmidhäuser, Studienbuch | <i>Schmidhäuser, Eberhard:</i> Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch, 2. ^a ed., 1984. |
| Schmidhäuser, Einführung | <i>Schmidhäuser, Eberhard:</i> Einführung in das Strafrecht, 2. ^a ed., 1984. |
| Eb. Schmidt, Einführung | <i>Schmidt, Eberhard:</i> Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. ^a ed., 1965. |
| Eb. Schmidt, Lehrkommentar | <i>Schmidt, Eberhard:</i> Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I: Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen, 2. ^a ed., 1964; Parte II: Erläuterungen zur StPO, 1957, con adición de 1967 y 1970; Parte III: Erläuterungen zum GVG, 1960. |
| Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz | <i>Schölz, Joachim:</i> Wehrstrafgesetz, continuada por <i>Eric Lingens</i> , 3. ^a ed., de la obra fundada por <i>Eduard Dreher, K. Lackner y G. Schwalm</i> , 1988. |

- Schönke/Schröder (nombre del autor) *Schönke, Adolf*: Strafgesetzbuch, Kommentar, 16.^a ed., continuada por *Horst Schröder*, 24.^a ed., de *Theodor Lenckner, P. Cramer, A. Eser y W. Stree*, 1991.
- Schultz, Einführung, I, II *Schultz, Hans*: Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Tomos I, II, 4.^a ed., 1982.
- Schultz, Vorentwurf *Schultz, Hans*: Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches, 1987.
- Schwander, Das Schweiz. StGB *Schwander, Vital*: Das Schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2.^a ed., 1964.
- SK (nombre del autor) Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, por *Hans-Joachim Rudolphi, E. Horn y E. Samson*, Tomo I: Allgemeiner Teil, 6.^a ed., 1993, ss.; Tomo II, Besonderer Teil, 5.^a ed., 1993 ss.
- Smith/Hogan, Criminal Law *Smith, John C. y B. Hogan*: Criminal law, 7.^a ed., 1992.
- Stefani/Levasseur/Boulloc, Droit pénal général *Stefani, Gaston, G. Levasseur y B. Boulloc*: Droit pénal général, 14.^a ed., 1992, 15.^a ed., 1995.
- Stratenwerth, Allg. Teil I *Stratenwerth, Günther*: Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3.^a ed., 1981.
- Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I, II *Stratenwerth, Günther*: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo I: Die Straftat, 1982; Tomo II: Strafen und Maßnahmen, 1989.
- Streng, Sanktionen *Streng, Franz*: Strafrechtliche Sanktionen, 1991.
- Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Allg. Teil *Tiedemann, Klaus*: Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Tomo I: Allgemeiner Teil, 1976.
- Trechsel, Schweiz. StGB *Trechsel, Stefan*: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 1989.

- Trechsel/Noll, Allg. Teil I
 Triffterer, Allg. Teil
 Tulkens/van de Kerchove
 Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG
 Vogler/Wilkitzki
 v. Weber, Grundriß
 Wegner, Allg. Teil
 Welzel, Lehrbuch
 Welzel, Das neue Bild
 Wessels, Allg. Teil
 Wilda, Das Strafrecht der Germanen
 Williams, Criminal Law
 WK (nombre del autor)
 Zieschang, Sanktionensystem
- vid. *supra* Noll/Trechsel
Triffterer, Otto: Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.^a ed., 1994.
Tulkens, Françoise y M. van de Kerchove: Introduction au droit pénal, 2.^a ed., 1993.
Uhlig, Sigmar, W. Schomburg y O. Lagodny: Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Cofundado por S. Uhlig; continuado y comentado por W. Schomburg y O. Lagodny, 2.^a ed., 1992.
Vogler, Theo y P. Wilkitzki: Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), Kommentar, en: *Grützner, Heinrich y P.-G. Pötz*: Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2.^a ed., Tomo I A 2/1, 1980 ss.
Weber, Hellmuth von: Grundriß des deutschen Strafrechts, 2.^a ed., 1948.
Wegner, Arthur: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1951.
Welzel, Hans: Das deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung, 11.^a ed., 1969.
Welzel, Hans: Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4.^a ed., 1961.
Wessels, Johannes: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 24.^a ed., 1994.
Wilda, Wilhelm Eduard: Das Strafrecht der Germanen, 1842.
Williams, Glanville L.: Textbook of criminal law, 2.^a ed., 1983.
 Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, ed., por *Egmont Foregger y F. Nowakowski*, 1979 ss.
Zieschang, Frank: Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, 1992.

Este libro se terminó de imprimir
en octubre de 2014 en los
Talleres Gráficos de
Pacífico Editores
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 332-5766
Lima - Perú

