Hans-Heinrich Jescheck
Thomas Weigend

TRATADO DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Volumen II

Traducción de
Miguel Olmedo Cardenete

INSTITUTO PACÍFICO

Tratado de Derecho Penal

Parte General

Volumen II

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

INSTITUTO PACÍFICO

Título original

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

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 Martinez
Georgina Condori Choque
Ricardo De la Peña Malpartida
José Carrascal Quispe

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C. - 2014
Jr. Castrovirreyna Nº 224 - Breña
Central: 332-5766
www.institutopacifico.com.pe

Tiraje: 2000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 31501051400950

ISBN: 978-9972-23-90-3

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.

ÍNDICE GENERAL

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 supralegales ... 753
I. El conflicto de deberes como causa de exculpación supralegal ... 755
II. La inexigibilidad como causa de exculpación supralegal ... 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 1059
II. La unidad típica de acción en sentido estricto 1062
III. La unidad típica de acción en sentido amplio 1063
IV. Unidad de acción y pluralidad de acciones en los delitos imprudentes y de omisión 1065
V. 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 Querella y autorización 1349
I. La querella (§§ 77-77d) 1350
II. Autorización y querella (§ 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	= Außenwirtschaftgesetz (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 Verordnungsgesetz) (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 Binnenschiffahrt (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 pág. 215, parcialmente reproducida en Schönfelder, comentario al § 764 BGB y al § 263 StGB).

BRAO = Bundesrechtsanwaltordnung (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-Seuchengestz)(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 hunderjährigen 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 péridique 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 Enwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Teil 1, 1920.
E 1919	= Entwurf von 1919 (Proyecto de 1919) en: Enwürfe 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 (BAnz. 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 pág. 503).
EGStGB	= Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (Ley introductoria del Código Penal) de 2.3.1974 (BGBl. I pág. 469-Schönfelder núm. 21).
EGV	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) de 25.3.1957 (BGBl. II pág. 766) en la redacción del Tratado sobre la Unión Europea de 7.2.1992 (BGBl. II pág. 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 pág. 889).
EvBl = Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (citada por año y número).
EWG = Europäische Wirtschaft Gemeischaft (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. pág. 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. Goltdammer (citada por tomo, año y página). A partir de 1953: Goltdammer's Archiv für Strafrecht (citada por año y tomo).
140 Jahre GA = 140 Jahre Goltdammer'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 pág. 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 pág. 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 Bebräuche 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).
HESt	= Höchstrichterliche 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	= Höchstrichterliche 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 = Justizbetreibungsordnung (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	= Landesbeambengesetz 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 Bedarfsgegenständegesetz) (Ley sobre el tráfico de alimentos, tabaco, productos cosméticos y otros objetos de consumo) en su redacción de 8.7.1993 (BGBl. I pág. 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 pág. 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 pág. 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 Reichstagsvorlage), 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. Porposed Official Draft, 1962 (traducción al idioma alemán en: Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersezung, 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 Materialen)	= 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).
österr. 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).

österr. 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).

österr. 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).

OGHSSt = 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).

Rechtspfl. = 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 droti 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 sciencie 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 Wehrmachtdienststrafhofs (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 Vertäge-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).

SSt = 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; (österr.) 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 (Strafvollzugsge-

	setz) 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 Stravollzugskommision (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 (Urheberrechtsgestz) (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 (Versammlugsgesetz) (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 Verkehers-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).
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 Strafgeseztbuch, 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 Kriegdienstverweigerer (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).

Capítulo 2: El delito de comisión dolosa
(Continuación)

Subsección c): Las causas de exculpación

§ 43 Fundamentos de la exculpación de acciones típicamente antijurídicas

Bernsmann, "Entschuldlgung" durch Notstand, 1989; *Brauneck*, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, pág. 261: *Eser*, Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime, en: *Eser/Fletcher* (edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo I, 1987, pág. 17; *Fincke*, Die Entschuldigungsgründe im Strafrechtssystem, en: *Eser/Kaiser* (edrs.), Drittes deutsch-sowietisches Kolloquium über Strafrecht und Krimlnologie, 1987, pág. 29; *Fletcher*, The Individualisation of Excusing Conditions, Southern California Law Review 47 (1974) pág. 1269; *Fornasari*, Il principio di inesigibilitá nel diritto penale, 1990; *Gallas*, Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 311; *Goldschmldt*, Der Notstand, ein Schuldproblem, österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, pág. 129; *Greenawalt*, The Perplexing Borders of justification and Excuse, en: *Eser/FIetcher* (edrs.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Tomo I, 1987, pág. 263; *Günther*, Strafrechtswidrlgkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Henkel*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Kadish*, Excusing Crime, California Law Review 75 (1987) págs. 272 ss.; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *derselbe*, Die Dogmatlk der Unterlassungsdelikte, 1959; *Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand usw., JuS 1971, pág. 474; *el mismo*, Grundfragen der "Differenzlerung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81; *Maihofer*, Der Unrechtsvorwurf, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 141; *Maurach*, Kritik der Notstandslehre, 1935; *el mismo*, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948; *Oetker*, Notwehr und Notstand, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 359; *Roxin*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *el mismo*, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *el mismo*, Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB, JA 1990, págs. 97 y 137; *Eb. Schmidt*, Das Problem des übergesetzlichen Notstands, Mitt IKV, Tomo V, 1931, pág. 131; *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, en: *Schünemann* (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 153; *J. C. Smith*, Justification and Excuse in the Criminal Law, 1989; *Stratenwerth*, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977; *Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980) pág. 637; *Timpe*, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand usw., JuS 1984, pág. 859; *Vogler*, Der Irrtum über Entschuldigungsgründe, GA 1969, pág. 103; *W. Weber*, Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit als rechtliche Maßstäbe, Juristen-Jahrbuch 3 (1962/63) pág. 212.

I. Exclusión de la antijuricidad y exculpación

1. La *exclusión de la antijuricidad* significa que una acción típica está justificada por la intervención de una proposición permisiva, debido a que no muestra ningún injusto material por las circunstancias especiales de su comisión (vid. *supra* § 31 II 3). Pero con ello no se agotan las posibilidades de impunidad. Hay hechos que aunque, ciertamente, son típicamente antijurídicos y cometidos por un autor que interviene con conciencia del injusto, permanecen sin embargo impunes porque el Ordenamiento jurídico, bajo ciertos presupuestos, no formula ningún reproche de culpabilidad[1]. Las circunstancias que hacen decaer el reproche culpabilístico se denominan causas de exculpación (vid. *infra* §§ 44-47).

2. La posibilidad de la justificación de acciones típicamente antijurídicas descansa sobre el hecho de que el juicio de antijuricidad y el de culpabilidad difieren en cuanto al objeto y su medida. En el examen de la *antijuricidad* se indaga sobre la voluntad de la acción puesta en marcha y su coincidencia con el Ordenamiento jurídico; en el de la *culpabilidad* lo que se cuestiona es si la actitud interna manifestada con el hecho debe ser considerada expresión de una postura del autor ante el Derecho merecedora de reproche. Naturalmente que las causas de exculpación no se explican exclusivamente con la ausencia de culpabilidad del autor pues, en cierta medida, se caracterizan por una **posición doble** al descansar sobre una disminución tanto del injusto como también del grado de culpabilidad por el hecho. Por un lado, la situación se acerca a la de una causa de justificación y, por otro, la decisión del autor a favor del comportamiento típicamente antijurídico es apenas desvalorable a causa de circunstancias extraordinarias. De esta doble reducción del injusto y de la culpabilidad el legislador extrae la conclusión de que el hecho, en tales casos, ha dejado de ser merecedor de pena y, por ello, debe quedar impune (vid. *infra* § 43 III 2b)[2].

3. A pesar de que la *impunidad* como consecuencia de las causas de justificación y exculpación es la misma, sin embargo aquélla posee, respectivamente,

---

[1] Acerca de esta distinción vid. *Eser*, Justification and Excuse págs. 19 ss.; *Küper*, JuS 1987, págs. 81 ss.; *Fincke*, Die Entschuldigunsgründe págs. 29 ss. En relación con el Common Law *Fletcher*, Southern California Law Review 47 (1974) págs. 1280 ss.; *Greenawalt*, The Perplexing Borders of Justification and Excuse págs. 263 ss. A favor de la distinción las "defences" en los casos de "justification" y "excuse" *J.C. Smith*, Justification and Excuse págs. 7 ss.

[2] *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 33 núms. 22 ss., acepta en estos casos una "exclusión de la responsabilidad por el hecho" (vid. la 3.ª ed. de esta obra pág. 348), pero la aspiración de esta teoría ya queda suficientemente colmada aceptando la renuncia a la formulación del reproche culpabilístico (vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar 109 antes del § 32).

un significado diverso. El hecho justificado es **aprobado**[3] por el Ordenamiento jurídico mientras que el exculpado es sólo **disculpado**. De ahí que en el primero esté excluida la participación punible mientras que, por el contrario, en el segundo sea jurídicamente posible. La cuestión de si también el partícipe es disculpado es algo que depende de las circunstancias personales que concurran en el mismo (§ 29). Además, la regulación del error para las causas de exculpación y justificación es distinta (vid. *supra* § 41 III, IV e *infra* § 48 II). Finalmente, frente a una acción antijurídica aunque disculpable es admisible la legítima defensa mientras que esta última está excluida en el hecho justificado.

II. Exclusión de la culpabilidad y exculpación

1. La capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la antijuricidad son *elementos que fundamentan la culpabilidad*. Si el autor actúa sin culpabilidad o bajo un error de prohibición invencible entonces desde un primer momento falta la culpabilidad. La incapacidad de culpabilidad y el error de prohibición son, por ello, **causas de exclusión de la culpabilidad**; en ambos casos hay que negar una deficiencia reprobable de la actitud jurídica interna pues el autor fue incapaz de comprender el injusto del hecho o, en su caso, de dejarse llevar por esa comprensión. Por ello, ni la formación ni la materialización de la voluntad antijurídica de acción pueden ser objeto del reproche de culpabilidad.

2. Algo distinto sucede, sin embargo, con las **causas de exculpación**[4]. Estas últimas, ciertamente, dan lugar a una disminución del contenido de injusto y de la culpabilidad del hecho (vid. *infra* § 43 III 2b). Pero de ningún modo ha desaparecido completamente el injusto sino que tan sólo ha disminuido por el valor que conserva la finalidad de la acción. También hay que negar una completa exclusión de la culpabilidad, pues ni la capacidad de culpabilidad del autor ni su conocimiento de la prohibición son eliminados por la situación excepcional que concurre en

[3] Según *Günther* Strafrechtswidrigkeit págs. 251 ss., junto a las verdaderas causas de justificación existen otras causas que "sólo excluyen el injusto penal", que hacen que la acción no sea aprobada por el Ordenamiento jurídico (vid. *supra* § 31 I 2 nota a pie 2).

[4] La distinción se corresponde con la doctrina mayoritaria; vid. *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 127; *Eser/Burkhardt,* Strafrecht I núm. 18 A núm. 9; *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 194 antes del § 32; *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte págs. 151 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 108 antes del § 32; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms 5 y 6 antes del § 19; *Vogler,* GA 1969, pág. 104; *Welzel,* Lehrbuch pág. 179; *Wessels,* Allg. Teil núm. 432. Disiente *Roxin,* Bockelmann-Festschrift págs. 288 ss.

el hecho[5]. De ahí que las causas de exculpación sean consideradas como *causas de atenuación del injusto y de la culpabilidad*, a las que el legislador ha concedido *fuerza liberadora de pena* por no ser alcanzado el límite del merecimiento de pena.

III. Aspectos fundamentales de las causas de exculpación

1. Mientras que las causas de justificación pueden ser explicadas desde una multitud de puntos de vista (vid. *supra* § 31 II 1), en cambio, para las de exculpación la mayoría de las veces es aceptado que todas ellas aparecen referidas al pensamiento básico de la **inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma**[6]. Ciertamente que con ello no se ha dicho nada incorrecto, pero no se ha alcanzado una fundamentación material puesto que exigibilidad e inexigibilidad son sólo "principios regulativos" que orientan al juez para tener en cuenta en el caso concreto todas las circunstancias relevantes para que pueda adoptar una decisión correcta[7]. Es necesario no conformarse con un principio de contenido tan indeterminado, pues los criterios de las causas de exculpación no poseen tal indeterminación en los casos regulados legalmente e, incluso, para el supuesto del conflicto de deberes supralegal la doctrina ha desarrollado criterios concretos.

2. La literatura se ha esforzado en múltiples ocasiones en buscar una explicación *material* que sirva de denominador común de las causas de exculpación.

a) En parte las causas de exculpación han sido tratadas de modo paralelo a la incapacidad de culpabilidad por ser equiparable la situación del afectado con la del incapaz de culpabilidad[8], aunque esta *interpretación psicológica* no resulta convincente porque también en situaciones excepcionales la mayoría de las personas se dejan determinar

---

[5] Con otra opinión al respecto, *Goldschmidt,* österr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, pág. 162; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 447; *Blei,* Allg. Teil pág. 207; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 14 antes del § 32, quienes aceptan la *exclusión* de la culpabilidad.

[6] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 453; *Blei,* Allg. Teil pág. 207; *Jakobs,* Allg. Teil 17/53; *LK (11.ª)(Hlrsch)* nota preliminar núm. 194 antes del § 32; *Kohlrausch/Lange,* § 52 anotación núm. 1; *Lackner,* nota preliminar núm. 30 antes del § 32; *Welzel,* Lehrbuch pág. 179. Acerca de la inexigibilidad como principio general delimitador del tipo, del injusto y de la culpabilidad vid. *Fornasari,* Il principio di inesigibilitá, 1990.

[7] Detalladamente al respecto Henkel, Mezger-Festschrift págs. 267 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 110 antes del § 32. Vid., también, *Eb. Schmidt,* Mitt IKV Tomo V págs. 147 ss., quien advierte de la necesidad de una determinación material; de modo similar, *Oetker,* Frank-Festgabe Tomo I p.388 y *W. Weber,* Juristen-Jahrbuch 3 (1962/63) pág. 239.

[8] Así, *Frank,* nota preliminar núm. I antes del § 51 y § 52 anotación núm. 1; *Brauneck,* GA 1959, pág. 269; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 446; *Henkel,* Mezger-Festschrift págs. 291 ss.; *LK (11.ª)(Hirsch)* § 35 núm. 3; BT-Drucksache V/4095 pág. 16; RG 66, 397 (398).

por las normas jurídicas, algo que también es exigido en el caso de que existan espciales relaciones de deber (§ 35 I, inciso segundo). Otros sostienen que en los supuestos de causas de exculpación hay que negar la "*capacidad general de actuar*" del ciudadano medio (como "persona social")[9]. Finalmente, la impunidad es apoyada sobre la base de una considerable *disminución del contenido de culpabilidad* del hecho que justifica la renuncia al reproche culpabilístico[10].

b) El parecer doctrinal mayoritario se esfuerza en integrar estos diferentes puntos de vista, que tan sólo acogen aspectos parciales del problema, en una solución diferenciadora. Destacable resulta el criterio acerca de la **valoración de la cantidad de injusto y de culpabilidad del hecho**[11]. De acuerdo con éste las causas de exculpación tienen influencia tanto sobre el grado del injusto como sobre el de la culpabilidad. En todos los supuestos el *injusto personal de acción* es disminuido por la finalidad legítima que persigue el autor (protección frente a un peligro, cumplimiento del deber de obediencia). Pero también se reduce el *injusto del resultado del hecho*, algo que en todo caso sucede en el estado de necesidad y en el exceso de la legítima defensa, en torno al valor del bien que el autor ha salvaguardado o protegido. Además, en todas las causas de exculpación el *contenido de culpabilidad del hecho* es inferior porque el autor se encuentra en una situación extraordinaria que aunque, ciertamente, no excluye la autodeterminación adecuada a la norma sí la dificulta esencialmente (peligro para la vida, el cuerpo o la libertad, arrebato en la legítima defensa, relación de subordinación). Por este motivo, la acción no expresa en la misma medida una actitud jurídica deficiente del autor que en el caso en el que aquélla hubiera tenido lugar bajo circunstancias normales. La valoración de todas estas circunstancias que hablan a favor del autor conduce a que el Ordenamiento jurídico, a pesar de que el injusto y la culpabilidad sólo están disminuidos y no excluidos, prescinda de la formulación de un reproche culpabilístico de naturaleza jurídico-penal a pesar de que subsiste un desvalor ético del hecho. En la indulgencia que aquí ejerce el Derecho penal reside una *valoración* de las circunstancias del hecho que forma parte de la amplia discrecionalidad del legislador. Además, consideraciones preventivo-

---

[9] En este sentido, *Maurach*, Schuld und Verantwortung págs. 42 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 9; *Maihofer*, Rittler-Festschrift págs. 158 ss.

[10] Así, *Bockelmann*, Untersuchungen págs. 84 ss.; *Gallas*, Mezger-Festschrift pág. 323; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 460, quien habla de la derogación de la "culpabilidad jurídica".

[11] Así, *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 18 A núm. 13; *LK(11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. antes del § 32; *Armin Kaufmann*, Normentheorie págs. 202 ss.; *el mismo*, Unterlassungsdelikte págs. 156 ss.; *Küper*, JuS 1971 pág. 477; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 6 antes del § 19; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 111 antes del § 32; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 601; *Wessels*, Allg. Teil núm. 433. En contra, *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 461 ss.

generales acerca de la necesidad de pena también desempeñan un cierto papel. De este modo se explica que permanezca existente el reproche de culpabilidad dirigido a personas que están obligadas a soportar peligros propios del estado de necesidad (soldados, bomberos, policías) (vid. *infra* § 44 IV 2), que determinados supuestos de exceso en la legítima defensa sean castigados a pesar de la presencia de confusión, miedo o terror (vid. *infra* § 45 II 4), y que el cumplimiento de una orden manifiestamente antijurídica no sea disculpado (vid. *infra* § 46 II 3b).

c) Por el contrario, la *teoría de la culpabilidad funcional* (vid. *supra* § 22 VI 3, 4) intenta reducir exclusivamente la explicación de las causas de exculpación a la finalidad preventiva de la pena[12]. Es correcto que el "aspecto preventivo-general" desarrolla su papel en el problema del merecimiento de pena del hecho. Sin embargo, el menor contenido de injusto y de culpabilidad es por sí mismo completamente independiente de la cuestión político-criminal relativa a si, por motivos preventivos, es necesaria la intervención mediante una pena[13]. La necesidad preventivo-general de pena es también un criterio mucho más impreciso y demasiado dependiente de la valoración subjetiva, que aquel otro que podría ser decisivo en los supuestos de las causas de exculpación[14]. Finalmente, la ausencia de necesidades preventivas de pena como base para la impunidad en las causas de exculpación debería haber sido destacada en la fundamentación del E 1962, algo que, sin embargo, no sucede en ningún lugar de la misma. Se trata de una construcción posterior que de un modo absoluto sitúa la explicación de las causas de exculpabión desde un único punto de vista.

§ 44 El estado de necesidad exculpante

Achenbach, Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel? JR 1975, pág. 492; *Arndt,* Anmerkung zu OLG Kiel vom 26.3.1947, SJZ 1947, pág. 330; *Berns-*

[12] Así, *Jakobs,* Allg. Teil 20/4: sólo procede la exculpación "si el conflicto se resuelve por azar o puede ser atribuido a un tercero"; *Timpe,* JuS 1984, págs. 859 ss., 862 ss.; *Roxin,* Henkel-Festschrift págs. 182 ss.; *el mismo,* Bockelmann-Festschrift págs. 282 ss.; *el mismo,* Allg. Teil I § 22 núms. 11 ss.; *el mismo,* JA 1990, págs. 99 ss., 138 ss.; *Hassemer,* Einführung págs. 234 ss.; *Streng,* ZStW 92 (1980) págs. 656 ss. En contra, con razón, *Bernsmann,* "Entschuldigung" págs. 215 ss.

[13] Asimismo, *Lackner,* nota preliminar núm. 25 antes del § 13; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 111 antes del § 32; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 1a antes del § 19; *Stratenwerth,* Schuldprinzip pág. 42. Advirtiendo también de la "necesidad preventivo-general de pena" como norte de la Política criminal, *Schünemann,* Die Funktion des Schuldprinzips pág. 177.

[14] Así, acertadamente, *Bernsmann,* "Entschuldigung" págs. 220 ss.

mann, Zum Handeln von Hoheitsträgern usw., Festschrift für G. Blau, 1985, pág. 23; *el mismo*, "Entschuldigung" durch Notstand, 1989; *Blei*, Zumutbarkeit und Vorverhalten belm entschuldigenden Notstand, JA 1975, pág. 307; *Bockelmann,* Zur Schuldlehre des OGH, ZStW 63 (1951) pág. 13; *Broglio,* Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform, 1928; *Etzel,* Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht, 1993; *Fornasari,* Il principio di inesigibilitá nel diritto penale, 1990; *Gimbernat Ordeig,* Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 485; *Goldschmidt,* Der Notstand: ein Schuldproblem, Osterr. Zeitschrift für Strafrecht 1913, pág. 129; *Hanack,* Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen, 1967; *Hefermehl,* Der verursachte entschuldigende Notstand, Diss. Tüblngen 1980; *Henkel,* Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht, 1932; *el mismo*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Hirsch*, Anmerkung zu BGH vom 15.5.1979, JR 1980, pág. 115; *Hruschka,* Rechtfertigung oder Entschuldlgung im Defensivnotstand, NJW 1980, pág. 21; *el mismo*, Rechtfertigungs-und Entschuldigunsgründe usw., GA 1991, pág. 1; *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967; *Jescheck,* Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 365; *el mismo*, Die Schuld im Entwurf eines Strafgesetzbuchs für England und Wales, Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 56; *Kelker,* Der Nötigungsnotstand, 1993; *Koch,* Der Einfluß von Zwang und Notstand auf die Verantwortlichkeit des Täters nach französischem Strafrecht, Diss. Freiburg 1968; *Krey,* Der Fall Lorenz usw., ZRP 1975, pág. 97; *Küper,* Der entschuldigende Notstand-ein Rechtfertigungsgrund? JZ 1983, pág. 88; *el mismo*, Notstand 1, HRG, Tomo III, 1984, Spág. 1063; *el mismo*, Darf sich der Staat erpressen lassen? usw., 1986; *el mismo*, Die dämonische Macht des "Katzenkönigs" usw., JZ 1989, pág. 617; *Kuhnt,* Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands (§§ 52, 54 StGB), Diss. Freiburg 1966; *Lange*, Terrorismus kein Notstandsfall? NJW 1978, pág. 784; *Marcetus,* Der Gedanke der Zumutbarkeit usw., Strafr. Abh. Heft 243, 1928; *Maurach,* Kritik der Notstandslehre, 1935; *Moos,* Der Verbrechensbegriff in österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *Neumann,* Zurechnung und "Vorverschulden", 1985; *el mismo*, Der strafrechtliche Nötigungsnotstand —Rechtfertigungs— oder Entschuldlgungsgrund? JA 1988, pág. 329; *Nowakowski,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Otto*, Pfilchtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3.ª ed. 1978; *Perron*, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht, 1988; *Platzgummer,* Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs usw., JBI 1971, pág. 236; *Poncela,* Livre I. Dispositions générales, en: Nouveau code pénal, 1993, pág. 455; *Pröchel,* Die Fälle des Notstands nach anglo-amerikanischem Strafrecht, 1975; *Rittler,* Der unwiderstehliche Zwang (§ 2g StGB) in der Rechtsprechung des OGH, Festschrift zur Hundertjahrfeier des OGH, 1950, pág. 221; *Robinson,* Criminal Law Defenses, Tomo I, 1984; *Roesen,* Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse, NJW 1964, pág. 133; *Roxin*, "Schuld" und

"Verantwortlichkelt" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *el mismo*, Die notstandsähnliche Lage-ein Strafunrechtsausschließungsgrund? Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 181; *Scarano*, La non esigibilitá nel diritto penale, 1948; *Schroeder*, Notstandslage bel Dauergefahr, JuS 1980, pág. 336; *Siegert*, Notstand und Putativnotstand, 1931; *Timpe*, Strafmliderungen des Allgemeinen Teils usw., 1983; *el mismo*, Grundfälle zum entschuldigenden Notstand usw., JuS 1984, pág. 859; 1985, págs. 35, 117; *Vogler*, Der Irrtum über Entschuldigungsgründe, GA 1969, pág. 103; *Watzka*, Die Zumutbarkeit normgemäßigen Verhaltens im strafrechtlichen Notstand, Diss. Freiburg 1967; *v. Weber*, Das Notstandsproblem usw., 1925; *el mismo*, Vom Diebstahl in rechter Hungersnot, MDR 1947, pág. 78; *el mismo*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, pág. 34; *Weimar*, Darf sich der Luftfahrer im Notstand auf § 54 StGB berufen? Zeitschrift für Luftrecht 1956, pág. 107.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes del § 43

Actúa bajo un **estado de necesidad justificante** (§ 35[1]) quien comete un hecho punible para protegerse a sí mismo, a parientes suyos o a personas con las que guarda una estrecha relación, de un peligro que no puede ser evitado de otra forma. La indulgencia del Ordenamiento jurídico rige, pues, para quien sitúa su autoprotección por encima de aquellos intereses de terceros que son objeto de tutela jurídico-penal. El **estado de necesidad exculpante** regulado en el § 35 es diferente al de naturaleza justificante (§ 34) (BGH 2, 242 [243]) (acerca de la teoría unitaria y diferenciadora vid. *supra* § 33 I 2)[2]. A pesar del tenor literal de la Ley ("actúa sin culpabilidad") el estado de necesidad constituye una causa de exculpación (acerca de la diferencia con las causas de exclusión de la culpabilidad vid. *supra* § 43 II) que descansa sobre una disminución del injusto y una doble reducción del contenido de culpabilidad (vid. *supra* § 43 III 2b)[3]. El inciso

[1] Acerca de su historia *Küper*, HRG Tomo III Spág. 1064 ss.

[2] Véase la detallada fundamentación de *Küper*, JZ 1983, págs. 91 ss. en contra de *Gimbernat Ordeig*, Welzel-Festschrift págs. 492 ss., quien acepta aquí la existencia de una causa de justificación; vid., además, *Küper*, JuS 1987, págs. 82 ss. Por el contrario, *Bernsmann*, "Entschuldlgung" págs. 379 ss. considera al estado de necesidad como una causa de exclusión de la pena. En el "Caso Spanner" el BGH NJW 1979, pág. 2053 ha afirmado la existencia de un estado de necesidad exculpante, mientras que para *Hirsch*, JR 1980, 117 § 34, para *Hruschka*, NJW 1980, pág. 22 y para *Schroeder*, JuS 1980, pág. 340, debería haberse aplicado analógicamente el § 228 BGB.

[3] Así, acertadamente, *Schönke/Schröder*/Lenckner, § 35 núm. 2; *Lackner*, § 35 núm. 1. La advertencia de *Achenbach*, JR 1975, pág. 494 al texto de la Ley sobrevalora el significado de la literalidad del precepto para la Dogmática. El recurso directo a la teoría del fin de la pena que emprende *Roxin*, Kriminalpolitik págs. 33 ss.; Henkel-Festschrift pág. 183; Allg. Teil I § 22 núms. 11 ss. y JA 1990, pág. 98, menoscaba el fundamento para la desaparición de la necesidad

segundo limita el alcance de la disposición a través de una cláusula de exigibilidad (BT-Drucksache V/4095 pág. 16).

Ejemplos: Una madre secuestra a su hijo extramatrimonial de la institución tutelar en la que se encontraba internado (§ 21 de la Ley prusiana sobre educación correccional) porque, a pesar de sus esfuerzos para auxiliarle, estaba amenazada su integridad corporal (RG 41, 214 [216]). El novio que, cansado de su pareja, fuerza a un joven amigo bajo amenaza de muerte a disparar a ésta (RG 64, 30 [31]). Un testigo comete perjurio por miedo a hechos violentos de sus adversarios políticos (RG 66, 222 [226]). Los miembros de una familia matan al tirano de la casa que les maltrataba grave y permanentemente (RG 60, 318; BGH NJW 1966, pág. 1823; NStZ 1984, pág. 21). En el hundimiento de un barco dos náufragos se sujetan a una tabla que sólo puede aguantar a uno; el más fuerte empuja al más débil de nuevo al agua y éste se ahoga (la "tabla de Karneades", supuesto que se debe al filósofo griego *Karneades*, 214-129 a.C.)[4].

Acerca de la relación del § 35 con los §§ 52, 54 en su anterior redacción vid. la 3.ª ed. de esta obra pág. 388.

I. La situación de necesidad

Los **requisitos del estado de necesidad exculpante** están rigurosamente delimitados y no pueden ser ampliados por el juez debido a que el legislador *sólo* renuncia al reproche de culpabilidad bajo las condiciones fijadas por la Ley (RG 66, 397 [399])[5].

---

de pena que no descansa en otra cosa más que en una fuerte disminución del contenido de injusto y de la culpabilidad del hecho. En contra de Roxin *Bernsmann*, "Entschuldlgung" págs. 377 ss. Yendo mucho más allá, *Jakobs*, Allg. Teil 20/4, quien mantiene que el "autor es incompetente para resolver la situación". *Timpe*, Strafmilderungen pág. 300, así como en JuS 1984, pág. 863 distingue entre situaciones de conflicto "cotidianas" y "casuales". Ambos planteamientos no se corresponden con el sentido del § 35; vid. *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 3a.

[4] *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 599, remite en este punto a la gran influencia de *Kant* quien aunque, ciertamente, no consideraba disculpable (inculpabilis) este caso, sí lo estimaba impune (impunibilis). *Hruschka*, GA 1991, págs. 8 ss., interpreta que lo "impunibile" en Kant suponía el reconocimiento de una causa de exculpación.

[5] Así, RG 60, 117 (120); *Achenbach*, JR 1975, pág. 496; *Lackner*, § 35 núm. 3; *LK(11.ª) (Hirsch)* § 35 núm. 10; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 13; *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núms. 22 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 4; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 5; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 57, critica que para casos similares (por ejemplo, riesgo de pérdida de todos los bienes que se poseen por un incendio) no se haya previsto una atenuación facultativa de la pena. *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 606; *Jakobs*, Allg. Teil 20/9 y *Timpe*, JuS 1984, págs. 863 ss., proponen en estos supuestos aplicar anlógicamente el § 35 I 1 y, en su caso, el § 35 I 2 *in fine*. Al mismo resultado llega la OLG Hamm, NJW 1976, pág. 721, ante el peligro de graves

1. De conformidad con el § 35 y, a diferencia del estado de necesidad justificante (§ 34), sólo la **vida, el cuerpo y la libertad** son **bienes jurídicos idóneos para el estado de necesidad** (el último, introducido en el año 1975 de acuerdo el modelo contenido en el § 40 I E 1962). Esta restricción se explica por la idea básica que rige el estado de necesidad exculpante, según la cual sólo cuando se trate de un peligro para bienes jurídicos esenciales puede decirse que se dificulta esencialmente la autodeterminación conforme a la norma. El estado de necesidad que afecta al cuerpo abarca también el peligro de abuso sexual. Libertad es sólo libertad de movimiento en el sentido del § 239 y no la libertad genérica de acción y decisión según el § 240 (llendo más allá, BGH NJW 1979, pág. 2053). Los menoscabos leves a la incolumidad corporal y a la libertad no fundamentan exculpación alguna, tal y como se deduce de la equiparación con la vida que se lleva a cabo en el § 35 (RG 29, 77 [78]; 66, 397 [400]; BGH DAR 1981, pág. 226)[6].

Ejemplos: El peligro de enfermedad derivado de la inminente inundación de una granja puede disculpar la perforación de un dique que produce considerables daños en otro lugar (§ 313) (RG JW 1933, pág. 700). Por el contrario, no basta la amenaza de ser golpeado para disculpar un falso testimonio (§ 154) (RG 66, 397). El propietario de una destilería que, ante el peligro de saqueos, vende libremente el aguardiente que tenía que haber sido suministrado a quien administra el monopolio para, de este modo, protegerse frente a grandes pérdidas financieras, no fue exculpado por un estado de necesidad pero el hecho concreto (RG 60, 117 [120]) quedó justificado por la apreciación de un consentimiento presunto (vid. *supra* § 34 VII 1b). Es disculpable el alejamiento del lugar del accidente (§ 142) cuando el autor acompaña al hospital a su mujer gravemente herida para apoyarla humanamente (OLG Köln VRS 66, pág. 128).

2. Además, debe existir un **peligro actual que no pueda ser evitado de otro modo**. Es indiferente la forma a través de la cual se origina dicho peligro. Se tienen en cuenta sucesos naturales (RG 72, 246: peligro de una explosión de grisú), situaciones peligrosas en las que se encuentran las cosas (RG 59, 69: peligro de derrumbe de una casa en ruinas) o el peligro engendrado por las propias personas (RG 66, 222: terror; BGH NJW 1966, pág. 1823: comportamiento inhumano del tirano de la familia). Por peligro *actual* hay que entender el acaecimiento de un daño que aparece como algo seguro o altamente probable si no se busca un remedio inmediato a la situación (RG 66, 222 [225]; BGH NJW 1951, pág. 769).

---

perjuicios económicos, por medio de la admisión de un estado de necesidad supralegal (vid. *infra* § 47 II 2). Vid., además, OLG Frankfurt StV 1989, pág. 107.

[6] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 35 núm. 4; *LK (11.ª)(Hirsch)* § 35 núm. 16 (bajo el punto de vista de la exigibilidad); *Jakobs*, Allg. Teil 20/8; *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núm. 25; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 6; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 8.

De modo diverso a como sucede en el § 32, también se tiene por "actual" un *riesgo permanente* en la medida en que éste puede agudizarse en cualquier momento[7].

Ejemplos: Ocasionamiento de la muerte del propio padre (irascible y alcohólico) mientras dormía, para proteger a la madre y a la hermana de nuevos y encendidos altercados (RG 60, 318 [321]; BGH NJW 1966, pág. 1823; restrictivamente, sin embargo, OGH 1, 369 [370]); perjurio por temor a la venganza de adversarios políticos (RG 66, 98 [100]; perjurio por miedo a las amenazas de muerte dirigidas por el afectado por la declaración (BGH 5, 371 [373]); coacción a la esposa amenazándola con pegarle y echarla de la casa al tráfico sexual con el hijo menor de edad (BGH GA 1967, pág. 113); muerte de una persona por un joven que fue obligado a ello mendiante amenazas de muerte (RG 64, 30); aterrorizar a una familia mediante repetidas incursiones nocturnas por parte de un desconocido en el dormitorio de un matrimonio (BGH NJW 1979, pág. 2053).

Asimismo, el peligro *no puede ser evitable de otro modo* (RG 59, 69 [61]; BGH NJW 1966, 1823 [1824 ss.]). Con ello, el hecho realizado bajo estado de necesidad se muestra como el último (BGH GA 1961, pág. 113) y a la vez eficaz medio exigible que se encuentra a disposición del amanezado. Si existen medios jurídicos para la defensa éstos poseen preferencia (BayObLG GA 1973, 208 [209]: queja en lugar de deserción). Además, el amenazado también debe, llegado el caso, asumir pérdidas que afecten a sus propios derechos (RG 66, 222 [227]; BGH LM § 52 StGB núm. 8: multas coercitivas y responsabilidad disciplinaria de acuerdo con el § 70 StPO; RG 66, 397: golpes y desventajas económicas)[8]. La utilización de un medio más leve, que probablemente también lleve desventajas aparejadas para él, le es tanto más exigible al amenazado cuanto más grave sea la intervención bajo estado de necesidad[9]. De acuerdo con estas consideraciones, el autor que actúa bajo estado de necesidad se enfrenta a un **deber de examen** en el que la demanda de importantes exigencias está en función de la gravedad del delito y de la cercanía del peligro (BGH NStZ 1992, pág. 487; BayObLG GA 1973, pág. 208). Quien no realiza tal examen con diligencia y, por ende, acepta inadecuadamente los presupuestos del estado de necesidad, debe ser objeto de reproche por el error cometido (vid. *infra* § 44 V 1b).

---

[7] Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 14; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 7; *Wessels*, Allg. Teil núm. 444.

[8] Al respecto, vid. *LK (11.ª)(Hirsch)* § 35 núm. 45; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 13; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 10; *Wessels*, Allg. Teil núm. 439.

[9] Con razón enfatiza *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 13, que aquí el examen de la exigibilidad hay que llevarlo a cabo en el marco de la valoración de la acción necesaria según el § 35 I 1, de modo que el inciso segundo del precepto mencionado quede sin objeto, si bien en este caso también permanece existente la posibilidad de atenuación de la pena mediante la aplicación analógica de la segunda mitad de dicho inciso.

Ejemplos: Quien es obligado a pasar del servicio secreto soviético a los servicios de espionaje debe intentar encontrar una salida para evitar el secuestro de víctimas inocentes (BGH NJW 1952, 111 [113]). Especialmente en los delitos graves, quien no hace la más mínima reflexión de cómo sería evitable la comisión del delito no puede acogerse al estado de necesidad (BGH 18, 311).

3. El hecho realizado bajo estado de necesidad no sólo se disculpa cuando el peligro amenaza al autor mismo sino, también, cuando afecta a sus **parientes** o a personas cercanas a él (§ 35 I 1). El legislador fundamenta esta decisión en el hecho de que el autor experimenta el peligro para un miembro de su familia o para una persona estrechamente vinculada a él como si se tratar de un riesgo que le amenazara a él mismo (E 1962, Fundamentación, pág. 161).

El concepto de **parientes**, que se encuentra regulado de un modo taxativo en el § 11 I 1 para el conjunto del StGB, comprende a algunos familiares consanguíneos y por afinidad en línea recta y colateral (así, por ejmemplo, suegra y nuero, pero no al tío y al sobrino) (§§ 1589, inciso primero, 1590 I BGB), cónyuges y sus hermanos, hermanos y sus cónyuges, además de personas con las que se está prometido. Entre los parientes se cuentan también personas con las que se está vinculado por adopción durante la infancia (§ 1754 BGB) y, finalmente, padres e hijos en acogimiento. Para la relación de parentesco por consanguineidad y afinidad resulta decisiva la descendencia por sangre (BGH 7, 245 [246]) que ahora está expresamente reconocida en el § 11 I núm. 1a. Frente a la anterior jurisprudencia (vid. la 2.ª ed. de esta obra) el Derecho vigente determina, desde 1975, que la disolución del matrimonio (por muerte, divorcio o nulidad) deja intacta la relación parental. En la promesa de matrimonio no se depende de la eficacia jurídico-civil, de modo que también una persona que posea su capacidad de obrar limitada puede comprometerse sin el consentimiento de su representante legal (RG 38, 242 [243]), aunque los esponsales sólo son válidos si concurre una promesa seria de matrimonio (BGH 54, [57]; BGH JZ 1989, pág. 256) y son nulos si existe ya matrimonio o cualquier otro compromiso (RG 61, 270; 71, 152 [154]; BayObLG NJW 1983, pág. 831). A través de la introducción de las **personas cercanas** al autor deben ser tenidas en cuenta los vínculos personales que son equiparables a la intensidad del sentimiento familiar existente entre parientes (por ejemplo, familiares que no son parientes, comunidades de vida asimilables al matrimonio, relaciones amorosas, amistades íntimas, convivencia doméstica durante muchos años)[10].

[10] Al respecto vid. *Dreher/Tröndle,* § 35 núm. 7; *LK (11.ª)(Hirsch)* § 35 núms. 33 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 35 núm. 15; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 9; *Stree* en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 57; *Roxin,* Allg. Teil I § 22 núm. 30, atribuye también la inclusión de las personas cercanas a la teoría del fin de la pena.

II. La acción necesaria

1. Se considera acción necesaria toda intromisión en bienes jurídicos ajenos, incluida la muerte de una persona. Dado que se trata de un estado de necesidad y no de una legítima defensa en la que se salvaguarda el Derecho frente al injusto (vid. *supra* § 32 II 2b), es necesario contar con el **principio de proporcionalidad**. Por ello, una acción de rescate en caso de peligro para la integridad corporal sólo es disculpable si el injusto del resultado del hecho es reducido *esencialmente* a través de la evitación del daño que amenaza al cuerpo (vid. *supra* § 44 I 1). Tampoco los homicidios en masa están totalmente excluidas por el § 35 (BGH NJW 1964, pág. 730). Al igual que en la legítima defensa, el autor debe escoger el modo menos lesivo para la solución del conflicto (BGH 2, 242 [245]); y así, por ejemplo, ante la amenaza de quienes han sido espectadores de un accidente de tráfico sólo hay que alejarse del lugar del siniestro lo necesario para huir de la zona de inmediato peligro (BayObLG DAR 1956, 15 [16]).

2. Asimismo, la acción necesaria debe ser emprendida para **evitar el peligro**. En ello reside el momento determinante para la disminución del injusto de acción y del contenido de culpabilidad: el autor actúa con voluntad de salvamento *y* bajo la presión de una situación extraordinariamente motivadora. Aquél, por tanto, no sólo debe haber conocido la situación de necesidad, sino que el motivo para la salvaguarda frente al peligro para la vida o el cuerpo tiene que haber sido también *eficaz* para él, sin perjuicio de que también, probablemente, lo haya hecho junto con otros motivos[11]. En este sentido, los requisitos subjetivos del estado de necesidad exculpante son diversos a los elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente, donde simplemente debe ser comprobado el conocimiento de la situación excepcional y no, sin embargo, su influencia real en la formación de la voluntad (vid. *supra* § 42 III 1a). También el *estado de necesidad en el cumplimiento de una orden*, esto es, el peligro de ser fusilado si no se acata la misma, presupone que el subordinado ha ejecutado la orden reconocida como antijurídica *para* salvarse a sí mismo o, en su caso, a un familiar o persona cercana[12].

---

[11] Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 448 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 209; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 129; *Dreher/Tröndle*, § 35 núm. 8; *Lackner*, § 35 núm. 5; *Küper*, JZ 1989, pág. 625; *LK (11.ª)(Hirsch)* § 35 núms. 38 ss.; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 15; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 614; *v. Weber*, MDR 1948, pág. 40. Por el contrario, *Jakobs*, Allg. Teil 20/11, estima suficiente el mero conocimiento de la situación de necesidad. Vid., también, *Timpe*, JuS 1984, pág. 860.

[12] Al respecto vid. *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft págs. 89 ss. Además, aquí también debe ser tenido en cuenta el principio "in dubio pro reo"; vid. *Roesen*, NJW 1964, pág. 136. Vid., asimismo, la completa exposición jurisprudencial en torno a esta cuestión que realiza *Hanack*, Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen págs. 45 ss.

Ejemplos: Quien con empeño y buena disposición ha colaborado en la persecución de judíos no puede acogerse al estado de necesidad, incluso aunque se ponga en peligro su vida o su integridad corporal en caso de no acatamiento de las órdenes y hubiera sido conocedor de esta circunstancia (OGH 1, 310 [313]; vid., también, BGH 3, 271 [275]; 18, 311).

3. Los casos de "*estado de necesidad coactivo*", esto es, la comisión de un delito bajo la amenaza de ser objeto de daños corporales o de ser privado de libertad por parte de un tercero, entran de lleno en el ámbito del § 35. Incluso aunque el amenazado sólo cometa un delito leve en comparación con los perjuicios temidos (por ejemplo, como "prueba de valor" un joven es amenazado con sufrir una paliza por parte de los miembros de su banda si no comete un hurto en un establecimiento comercial) no entra en juego la justificación según el § 34, pues al tercero al que se le ataca no se le puede privar de la posibilidad de una legítima defensa; por ello, la comisión de un hecho punible no se puede considerar nunca como un "medio adecuado" para evitar el peligro en el sentido del § 34, inciso segundo[13].

III. La restricción del estado de necesidad a través de la cláusula de exigibilidad

1. La exculpación a través del estado de necesidad no tiene lugar cuando, de acuerdo con las circunstancias, al autor le es exigible soportar el peligro (§ 35 I 2). La cláusula de exigibilidad conecta con la toma en consideración de la **disminución esencial del contenido de injusto y de la culpabilidad** sobre la que se basa la exculpación a través del estado de necesidad (vid. *supra* § 44 antes del I)[14]. Si el valor del bien jurídico amenazado es sustancialmente menor que aquel otro en el que el hecho necesario lleva a cabo la intromisión, también será menor la disminución del injusto. Esta última puede descender hasta el punto cero en caso de una notable desproporcionalidad de los bienes en conflicto. Al mismo tiempo, decrece también la disminución del contenido de culpabilidad que es

[13] Así, acertadamente, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 343; *Blei,* Allg. Teil pág. 170; *LK (11.ª)(Spendel)* § 32 núm. 212; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 34 núm. 41 b; *Wessels,* Allg. Teil núm. 443; *Kelker,* Der Nötigungsnotstand pág. 175. De otra opinión, sin embargo, *Jakobs,* Allg. Teil 13/14; *LK (11.ª)(Hirsch)* § 34 núm. 69a; *Roxin,* Oehler-Festschrift pág. 188; *el mismo,* Allg. Teil I § 16 núm. 58; *Schmtdhäuser,* Allg. Teil pág. 331; *SK (Samson)* § 34 núm. 8. Hay que aceptar una excepción en el caso en el que la máxima instancia política libera presos para salvar rehenes (Caso Lorenz); al respecto vid. *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 34 núm. 41b; *Krey,* ZRP 1975, págs. 97 ss.; *Küper,* Darf sich der Staat erpressen lassen? págs. 14 ss., 77 ss.; *Lange,* NJW 1978, 786. Sobre la cuestión BVerfGE 46, 214. Llendo más allá, *Neumann,* JA 1988, pág. 329, quien apuesta por permitir la intervención del § 34 cuando se trate de bienes jurídicos personalísimos.

[14] Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 35 núm. 18; *LK (11.ª)(Hirsch)* § 35 núms. 47 ss.; *Lackner,* § 35 núm. 6; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 11; BT-Drucksache V/4095 pág. 16.

correlativo a la reducción del injusto. También la motivación que pesa sobre el autor y, con ella, la segunda causa de atenuación de la culpabilidad ligada a este punto de vista puede, de acuerdo con las circunstancias (por ejemplo, un menor grado de peligro, existencia de una posición de garante frente a la víctima afectada por el hecho realizado bajo el estado de necesidad), bajar hasta tal punto o resultar compensada hasta un grado tal que la existencia de la situación de necesidad aparezca como algo exigible al autor.

2. La Ley menciona **dos ejemplos** en los que hace exigible la existencia de la situación de necesidad, en atención a la concurrencia de deberes especiales que obligan a soportar el peligro, y que no han de ser entendidos de un modo forzoso ni taxativo sino que deben servir como pautas para la interpretación de la cláusula de exigibilidad[15].

a) En primer lugar, la exigibilidad puede ser afirmada debido a que el autor ha **causado el peligro propio del estado de necesidad.**

De acuerdo con el Derecho anteriormente vigente el autor no podía haber originado **culpablemente** la situación de conflicto, esto es, la necesidad de poder liberarse de la situación sólo mediante la lesión de otro. No obstante, la jurisprudencia interpretó bajo la expresión "culpabilidad" la infracción subjetiva del deber del autor que actuaba bajo estado de necesidad (RG 36, 334 [341]).

El Derecho vigente parecer querer afirmar ya la exigibilidad cuando el autor tan sólo ha *causado* el peligro. Sin embargo, ello tan sólo supone una agravación en la literalidad de la norma frente al Derecho vigente hasta ahora, pues se debe seguir teniendo en cuenta la existencia de la situación de necesidad y el contenido de culpabilidad del hecho no se ve afectado por el suceso, culpablemente indiferente, de la mera causación de la situación de conflicto (por ejemplo, el testigo amenazado de muerte por el acusado al que perjudica su declaración ajustada a la verdad ha "causado" la situación de apuro al observar el delito). De ahí que la idea rectora de esta primera restricción a la exculpación por vía del estado de necesidad pueda ser vista en que dicha exculpación sólo decae **si el autor ha originado la situación de conflicto mediante la infracción objetiva y subjetiva**

[15] En este sentido también *Blei,* Allg. Teil pág. 210; *el mismo,* JA 1975, págs. 307 ss.; *Dreher/Tröndle,* § 35 núm. 10; *Lackner,* § 35 núm. 11; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 34 núm. 3; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 35 núm. 18. Detenidamente sobre la fundamentación de ambas excepciones *Neumann,* Zurechnung págs. 207 ss., aportando una solución propia, págs. 231 ss. *Roxin,* Allg. Teil I § 22 núm. 38 considera que el motivo de la restricción del estado de necesidad en los supuestos de concurrencia de deberes especiales que obligan a soportar el riesgo reside en "consideraciones preventivo-generales".

de su deber[16]. La disminución del injusto de acción y de la culpabilidad no es ya tan considerable como para poder renunciar con carácter general al castigo.

Ejemplos: Quien, descuidadamente, emprende una excursión de alta montaña sin la debida ropa de abrigo puede acogerse al § 35 si sustrae violentamente el anorak forrado a otro alpinista para protegerse a sí mismo de la congelación. El especialista que, contrariamente a su deber, no informa de una peligrosa concentración de grisú en la mina no puede ser exculpado por vía del § 35 si, posteriormente y por miedo a perder su propia vida, omite advertir al personal de una galería amenazada tras haber reconocido el peligro agudo de una explosión (RG 72, 246 [249]). Quien habiendo retornado a la RDA a pesar de saber que allí era buscado por un delito económico, no puede hacer valer el estado de necesidad exculpante si mata a un funcionario de prisiones con ocasión de una violenta evasión del centro penitenciario (BGH ROW 1958, 33 [34]). Quien voluntariamente se convierte en confidente de los servicios de protección de la lucha antiterrorista posiblemente no pueda acogerse al estado de necesidad cuando porta un arma ilegalmente (OLG Oldenburg NJW 1988, pág. 3217).

La anterior contreversia relativa a si en el estado de necesidad que beneficia a los parientes es exigible el requisito de la inculpabilidad de la situación de conflicto (vid. la 2.ª ed. de esta obra, pág. 363, nota a pie núm. 6), fue ya clarificada en el § 35 I 2 en el sentido de que la exculpación sólo está excluida si es *el autor mismo* el que ha causado la situación de necesidad. Sin embargo, ello sólo puede regir en el sentido de que el sujeto debe tolerar el riesgo originado de forma contraria a deber si éste se cierne sobre él. Si el peligro amenaza al pariente inculpable que se encuentra en la situación de conflicto (por ejemplo, al hijo cuyo padre ha llevado irresponsablemente a una peligrosa competición de vela), entonces hay que afirmar la exculpación del hecho necesario a pesar del propio descuido pues no hay nada más natural que ayudar a un pariente cuya vida se ha puesto en peligro de modo contrario a deber[17]. Si es el pariente el responsable del peligro básicamente debe regir lo mismo pues la presión motivadora es la misma incluso si al amenazado le es imputable la situación de necesidad en la que se ve envuel-

[16] Así, OLG Hamm JZ 1976, pág. 610 (612); *Blei*, Allg. Teil pág. 209; *Lackner*, § 35 núm. 8; *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núms. 45 ss.; *Preisedanz*, § 35 anotación 4a; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 20; De modo diverso, BT-Drucksache V/4095 pág. 17. Queriéndose conformar con la simple infracción objetiva del deber, *Wessels*, Allg. Teil núm. 441; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 5; *LK (11.ª)(Hirsch)* § 35 núm. 49; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 15. Destacando la "fundamentación de la competencia a través de un comportamiento previo", *Jakobs*, Allg. Teil 20/16; *Timpe*, JuS 1985, págs. 36 ss.

[17] *So Dreher/Tröndle*, § 35 núm. 11; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 17; *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung págs. 58 ss.; *Schmzdhäuser*, Allg. Teil pág. 468; *Lackner*, § 35 núm. 10; *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núm. 50; *el mismo*, JA 1990, pág. 140; *Wessels*, Allg. Teil núm. 441. De otra opinión *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 450; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 6; *Schönke/Schröder/Lenck*ner, § 35 núm. 20a; *LK(11.ª) (Hirsch)* § 35 núm. 65; *Hefermehl*, Notstand pág. 134.

to (el hijo que negligentemente pone en peligro su propia vida acudiendo a la competición de vela)[18]. Lo que resulta decisivo es, con otras palabras, la cláusula de exigibilidad pues del ejemplo no puede ser extraida una conclusión inversa.

b) En segundo lugar, conmúnmente es exigible la asunción del riesgo cuando el autor se encuentra sometido "a una **relación jurídica especial**". Con ello se alude a los deberes jurídicos que obligan a soportar el estado de necesidad[19].

Un considerable deber de soportar riesgos rige, por ejemplo, para los soldados (§ 6 WStG), objetores que cumplen el servicio civil (§ 27 III ZDG), marineros (§§ 29 II-VI, 106, 109 SeemannsG), pilotos aéreos[20], policías[21], bomberos, especialistas en minas (RG 72, 246 [249 ss.]), miembros de organizaciones privadas de protección como la cruz roja, el servicio de salvamento de montaña o la sociedad destinada al rescate de náufragos, médicos y enfermeros (BGH NJW 1964, pág. 730), jueces, fiscales, diplomáticos, socorristas, guías de montaña[22] (BT-Drucksache V/4095 pág. 16, así como E 1962, Fundamentación, pág. 161). La jurisprudencia también ha afirmado la existencia de un notable deber de soportar el peligro, con ocasión de la actividad política ilegal en un Estado totalitario (OLG Freiburg HESt 2, 200 [202]; OGH 3, 121 [130])[23]. Los deberes jurídicos de soportar el estado de necesidad pueden derivarse también de comunidades de peligro voluntariamente asumidas (excursiones de montaña, viajes en velero, expediciones)[24].

---

[18] Asimismo, *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 468; *Roxin,* Allg. Teil I § 22 núm. 51; *Wessels,* Allg. Teil núm. 441. De otra opinión *Blei,* Allg. Teil pág. 210; *Dreher/Tröndle,* § 35 núm. 11; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 35 núm. 24; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 17; *Preisendanz,* § 35 anotación 4c cc; acerca de la normativa anterior vid. OLG Köln NJW 1953, pág. 116.

[19] En profundidad acerca de los concretos grupos de casos, *Otto,* Pflichtenkollision págs. 89 ss. *Kuhnt,* Pflichten zum Bestehen des strafrechtlichen Notstands págs. 85 ss.; acerca de los criterios aplicados vid. *Watzka,* Die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens págs. 80 ss. En profundidad sobre la fijación de deberes *LK(11.ª)(Hirsch)* § 35 núms 55 ss.; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 12. En torno a los deberes del marinero vid. también el caso americano US *versus* Holmes (1842) en *Honig,* Das amerikanische Strafrecht págs. 162 ss. Acerca de la ausencia de una regulación expresa en Derecho militar y funcionarial *Bernsrnann,* Blau-Festschrift págs. 43 ss.

[20] *Weimar,* Zeitschrift für Luftrecht 1956, págs. 110 ss.

[21] Vid. *Bernsmann,* Blau-Festschrift págs. 44 ss. Sin embargo, por regla general no se acepta lo mismo para los funcionarios vid. OLG Tüblngen NJW 1947/48, 700 (701).

[22] La BGH NJW 1964, 730 (731) restringe, acertadamente, el deber de soportar el estado de necesidad a los "peligros típicamente vinculados de un modo necesario con la correspondiente actividad profesional", de modo que el funcionario de policía que es obligado por su superior, bajo amenaza de muerte, a la colaboración en un delito sería naturalmente exculpable de acuerdo con el § 35. Lo mismo debe regir para los soldados, de forma que el § 6 WStG no interviene en un supuesto de esta naturaleza. Vid. también *Bockelmann,* ZStW 63 (1951) pág. 43, nota a pie núm. 52.

[23] Acerca del deber de soportar el peligro por el conjunto de una población que se ve afectada por la situación de necesidad, *v. Weber,* MDR 1947, pág. 80.

[24] Acerca de las comunidades de peligro vid. *LK(11.ª) (Hirsch)* § 35 núm. 53; *Stratenwer-*

En los casos en los que existe el deber de soportar el estado de necesidad son determinantes para la exclusión del efecto exculpatorio de aquél tanto el **elevado injusto del hecho** como la **intensa culpabilidad del autor**. El autocontrol del instinto de supervivencia es también exigido a personas que, siéndoles impuesto por su profesión el deber de tolerar el estado de necesidad, se encuentran también bajo la presión de un peligro para sus vidas pues es precisamente bajo tales circunstancias cuando la comunidad debe poder depositar en ellas su confianza. Por ello, el desvalor de acción del hecho es elevado frente a supuestos ordinarios de estado de necesidad puesto que, simultáneamente, el autor infringe el deber jurídico asumido de soportar tales circunstancias. También se agrava la culpabilidad de quien falla en una situación de esta naturaleza, pues la motivación que tiene su origen en la autoprotección merece menos indulgencia en atención al deber jurídico de intervención de la propia persona[25]. La exigibilidad de hacer frente a la situación de necesidad encuentra sus casos fronterizos en aquellas hipótesis en las que el cumplimiento del deber significara la muerte inmediata[26].

3. Prescindiendo de los ejemplos, el deber de tolerar el estado de necesidad se deriva, sobre todo, cuando deben ser soportadas **intervenciones oficiales adecuadas a Derecho** destinadas a la salvaguarda del interés público[27]. Entre ellas pueden mencionarse las intervenciones corporales de acuerdo con el § 81a StPO, el § 17 II GeschlKrG o la Ley de vacunación, así como la intromisión en la libertad a través de una detención practicada legalmente, la prisión preventiva y, en especial, por medio de la ejecución de una pena privativa de libertad. Incluso cuando esta última es *impuesta injustamente* pero es jurídicamente válida debe tolerarse su ejecución, sin que sea admisible que el recluso que en su huida mata a un funcionario de prisiones pueda acogerse al § 35 (RG Recht 1915, pág. 1222; RG 54, 338 [341]; OLG Kiel SJZ 1947, 323 [330]), en la medida en que el proceso como tal se respetaran los principios del Estado de Derecho (BGH LM § 52 núm. 8; BGH ROW 1958, pág. 33)[28]. También los parientes deben tolerar

th, Allg. Teil I núm. 613. Ampliamente, *Bernsmann*, Blau-Festschrift págs. 40 ss. A favor de la restricción de la relación jurídica especial a deberes frente a la colectividad *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núm. 39; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 22.

[25] En la mayoría de la doctrina clásica puede encontrarse una fundamentación psicológica (exigibilidad intensificada); vid. *Broglio*, Notstand pág. 49; *Henkel*, Mezger-Festschrift págs. 293 ss.; *Marcetus*, Zumutbarkeit págs. 63 ss.; *Maurach*, Kritik der Notstandslehre pág. 117, nota a pie núm. 505; *Siegert*, Notstand pág. 55.

[26] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 35 núm. 12; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 10; *Schölz/Lingens*, § 6 WStG núm. 7; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 25.

[27] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 35 núm. 12; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 24; *Timpe*, JuS 1985, pág. 36.

[28] Vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 10; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 25;

la ejecución de una pena de prisión impuesta a un miembro de la familia en un proceso adecuado a tales principios[29].

4. Finalmente, de la **existencia de un deber de garante** en beneficio de la víctima del hecho necesario, puede derivarse que el autor afectado por el estado de necesidad tenga que tolerar el peligro. Y así, el padre no puede dejarse rescatar en el naufragio de un barco si con ello sacrifica la vida de su hijo[30]. También debe ser tolerado por parte del agresor el peligro procedente de la acción que se lleva a cabo bajo una legítima defensa adecuada a Derecho, de modo que, por ejemplo, no es exculpado el pariente que mata a quien se defiende para salvar al agresor[31].

IV. Atenuación de la pena en los supuestos de exigibilidad de la situación de necesidad

1. Si al autor le es exigible tener que soportar el riesgo inherente al estado de necesidad y, sin embargo, aquél actúa infringiendo ese deber, ciertamente que no resulta exculpado pero el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho resulta, por regla general, mucho más reducido que frente a la situación normal de un delito igualmente grave. De ahí que el § 35 I 2 contenga en su segunda mitad una **atenuación facultativa de la pena** que se remite a la cláusula general de atenuación del § 49 I.

2. Pero, por *motivos derivados de la prevención general*, el legislador (vid. BT-Drucksache V/4095 pág. 16) ha exceptuado los casos en los que el autor se encuentra sometido a una relación jurídica especial. A pesar de que debido a la infracción de un deber profesional a cumplir en interés de la comunidad aquí el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho, por regla general, pesa más que en otros supuestos en los que se exige tolerar el peligro del estado de necesidad, la completa exclusión del § 49 I resulta excesivamente rigurosa pues la situación para el obligado puede contener una presión motivadora tan extraordinaria que la infracción del deber merezca un enjuiciamiento sustancialmente más leve que el de un delito común[32]. No obstante, también en estos casos la atenuación es

---

Arndt, SJZ 1947, págs. 330 ss. Con una opinión diversa para el caso de un proceso adecuado al Estado de Derecho pero en el que se impone una pena de cadena perpetua que es materialmente injusta, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 26 (quien incluso sostiene esta tesis en beneficio de los parientes). En contra, con razón, *Timpe*, JuS 1985, pág. 36.

[29] Vid. *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 12.

[30] Vid. *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 18; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 31.

[31] De otra opinión, *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 60.

[32] Asimismo, *Stree*, en *Roxin* y otros, Einführung pág. 61; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 37. Frente al tenor literal de la disposición, *Jakobs*, Allg. Teil 20/19, no hace valer en determinados supuestos la restricción contenida en aquélla.

posible dentro del marco legal de la pena, algo que en la mayoría de las ocasiones se suele afirmar[33].

3. Cuando el hecho realizado bajo un estado de necesidad no es disculpado porque el autor no ha escogido el medio más leve que le era exigible (vid. *supra* § 44 II 1), la disposición del § 35 I 2 que contiene la atenuación de la pena debe encontrar aplicación pues no puede hacerse una distinción basada en los motivos por los que el autor ha fallado en la situación del estado de necesidad[34].

V. El error sobre el estado de necesidad

1. El autor actúa bajo un estado de necesidad putativo cuando acepta erróneamente acepta aquellas circunstancias que, de haber concurrido, habrían exculpado el hecho. Está regulado en el § 35 II (vid. *infra* § 48). Pero no se trata de un error de tipo, de un error permisivo o de un error sobre el tipo permisivo, sino que estamos en presencia de un **error con autonomía propia** que no afecta ni al dolo ni a la conciencia de la antijuricidad[35]. No obstante, el tratamiento del estado de necesidad putativo sigue esencialmente al del error de prohibición (§ 17)[36].

a) Si el autor yerra acerca de los presupuestos *objetivos* del estado de necesidad (por ejemplo, sobre el modo e intensidad del peligro, la existencia de un medio menos lesivo o la condición de pariente del amenazado) resulta **exculpado** si el error fue para él **invencible**.

b) Si, por el contrario, el error fue **vencible la pena debe serle atenuada** (en ello reside la diferencia con el § 17 2) **de conformidad con el § 49 I** (§ 35 II). Resulta aplicable, además, el marco de la pena del tipo doloso (de modo diverso, el § 10 II 2 österr. StGB prevé el recurso a la pena por la comisión imprudente). En la cuestión relativa a la vencibilidad lo importante es si el autor ha *examinado concienzudamente* la existencia de los presupuestos del estado de necesidad (BGH 18, 311; BGH NJW 1952, 111 [113]; BGH NJW 1972, 832 [834]; BGH NStZ 1992, 487)[37].

---

[33] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 35 núm. 15; *LK (11.ª)(Hirsch)* § 35 núm. 68; *Lackner*, § 35 núm. 12; *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núm. 56; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núms. 36 ss.; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 18 a; *Timpe*, JuS 1985, págs. 36 ss.

[34] Vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 13.

[35] Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 210; *Lackner*, § 35 núm. 13; *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núm. 61; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 40.

[36] Acerca de su fundamentación, *Vogler*, GA 1969, págs. 113 ss.

[37] Vid. *Lackner*, § 35 núm. 14; mostrándose restrictivo en la cuestión de la vencibilidad, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 470.

2. Ninguna atenuación punitiva merece el error acerca de los límites del estado de necesidad exculpante (por ejemplo, sobre la idoneidad del honor o el patrimonio como bienes susceptibles de ser amparados por el estado de necesidad), así como la suposición errónea acerca de la existencia de una causa de exculpación que no es reconocida por la Ley[38]. Aún cuando por lo general el error se refiera a la *exigibilidad* de la elección de otro medio menos lesivo o a la obligación de tener que soportar el riesgo derivado del estado de necesidad, el autor no es disculpado ni puede esperar tampoco atenuación de ningún tipo pues es sólo la Ley y no la imaginación del autor lo que resulta determinante de lo que en una concreta situación se exige o no por el Derecho[39].

VI. Derecho extranjero

En el estado de necesidad exculpante el Derecho extranjero tiene mucho más en cuenta que el Derecho alemán la proporción valorativa existente entre los bienes implicados. En *Austria*, adhiriéndose a la nueva jurisprudencia del OGH (SSt 29, 83)[40], el § 10 StGB introduce el estado de necesidad individual como causa general de exculpación y sin limitación de personas afines, encontrándose restringido tan sólo por la adecuada proporción de los bienes en juego y por el criterio de la culpabilidad objetivada[41] que fue básicamente desarrollado por *Nowakowski*[42]. En el art. 34 del StGB *suizo*, que comprende ambas clases de estado de necesidad, sólo es aceptado el estado de necesidad cuando, como mínimo, el bien jurídico puesto en peligro posee el mismo valor que aquel que se lesiona[43]. En el art. 64 del C.p. *francés* el "contrainte" se presenta, ciertamente, como una causa de exculpación pero la jurisprudencia es enormemente restrictiva en el reconocimiento de supuestos de estado de necesidad[44]. La misma regulación contiene el nuevo "Code pénal" en el art.

---

[38] Vid. *Blei*, Allg. Teil págs. 210 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 45; *LK(11.ª) (Hirsch)* § 35 núm. 76; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 19.

[39] Así, con razón, *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 35 núm. 42.

[40] Sobre la jurisprudencia anterior vid. *Rittler*, OGH-Festschrift pág. 237.

[41] En relación con todos estos aspectos, *Jescheck*, Lange-Festschrift págs. 373 ss.; *Platzgummer*, JBl 1971, págs. 242 ss.; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 283 ss.; *Kienapfel*, Grundriß Z 20 núms. 15 ss.

[42] Vid. *Nowakowski*, Grundzüge págs. 67, 71; *el mismo*, JBl 1972, págs. 28 ss. Acerca de su historia dogmática, *Moos*, Verbrechensbegriff págs. 448 ss.

[43] Vid. *Germann*, Verbrechen pág. 219; *Hafter*, Allg. Teil pág. 156; *Schwander*, Das schweiz. StGB pág. 82; *Schultz*, Einführung I pág. 165; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I págs. 146 ss.; *Rehberg*, Strafrecht I pág. 141.

[44] *Bouzat*, Traité Tomo I págs. 348 ss.; *Merle/Vitu*, Traité I Nr. 586; *Koch*, Zwang und Notstand págs. 50 ss.

122-2, pero ahora aparece situado dentro de las causas de incapacidad de culpabilidad[45]. El estado de necesidad justificante está regulado en el art. 122-7 (vid. *supra* § 33 VII). El C.p. *italiano* prevé expresamente el principio de proporcionalidad en el art. 54[46]. En el Derecho *inglés* el sacrificio de la vida ajena para salvar la propia es punible de acuerdo con las reglas del clásico caso conocido como "Mignonette" (vid. *supra* § 21 I 2)[47]. Lo mismo puede decirse del Derecho penal norteamericano[48]. El Código penal *español* no diferencia en el art. 8.7.º entre el estado de necesidad justificante y exculpante, no yendo más allá de la igualdad valorativa de los bienes en juego; no obstante, el miedo ante la pérdida de un bien jurídico igual o mayor (art. 8.10 C.p.) es inequívocamente una causa de exculpación[49]. La jurisprudencia *holandesa* ha rechazado durante mucho tiempo el estado de necesidad exculpante, pero hoy en día el "overmacht" (art. 40 W.v.S.) es entendido también en ese sentido[50]. El Código penal *belga* contiene en el art. 71 la misma disposición que el vigente C.p. francés; la «force à laquelle il n,a pas pu résister» (overmacht) es entendida como una causa de exculpación [5151]. El Derecho *brasiliano* conoce la fuerza irresistible y el estado de necesidad exculpante (art. 24 C.p.) como causas de exculpación (art. 22 C.p.)[52].

---

[45] Vid. *Poncela,* Nouveau code pénal pág. 461.

[46] Al respecto vid. *Bettiol/Pettoello Mantovani,* Diritto penale pág. 395; *Fiandaca/Musco, Diritto* penale pág. 151; *Nuvolone,* Sistema págs. 197 ss.; *Scarano,* La non esigibilitá págs. 70 ss.; *Fornasari Il* principio di inesigibilitá págs. 352 ss.

[47] Vid. *Grünhut,* Das englische Strafrecht pág. 205; *Kenny/Turner,* Outlines pág. 73; *Smith/ Hogan,* Criminal Law págs. 249 ss.; crítico al respecto, *Glanville Williams,* Criminal Law págs. 744 ss. Acerca del proyecto inglés que no va más allá del Derecho actualmente vigente vid. *Jescheck,* R. Schmitt-Festschrift págs. 73 ss.

[48] Vid. *LaFave/Scott,* Substantive Criminal Law I pág. 631; *Honig,* Das amerikanische Strafrecht pág. 158; *J. Hall,* General Principles págs. 426 ss.; *Pröchel,* Notstand págs. 77 ss.; *Etzel,* Notstand págs. 33 ss., 129; Model Penal Code, Sect. 3.02. Mostrándose crítico con ello, *Robinson,* Criminal Law Defenses Tomo I págs. 368 ss. En general, también, *Kadish,* California Law Review 75 (1987) págs. 272 ss.

[49] *Antón Oneca,* Derecho penal pág. 272; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,* Derecho penal págs. 645 ss. (con casos famosos); *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo,* Art. 8 núm. 10 comentario III 2; *Mir Puig,* Adiciones Tomo I págs. 506 ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón,* Derecho penal págs. 529 ss.; *Perron,* Rechtfertigung und Entschuldigung págs. 203 ss. [Tales afirmaciones son igualmente trasladables a los números 5.º y 6.º del vigente Código penal de 1995, donde se regulan, respectivamente, el estado de necesidad y el miedo insuperable; no obstante, en este último ya no se hace alusión a que el miedo se refiera al padecimiento de un mal igual o mayor, sino que para la exención de responsabilidad ya es sólo suficiente con que el autor «obre impulsado por miedo insuperable» (N del T)]

[50] Vid. *van Bemmelen/van Veen,* Ons strafrecht págs. 179 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink,* Inleiding págs. 301 ss.

[51] Así, *Dupont/Verstraeten,* Handbock núms. 483 ss.; *Hennau/Verhaegen,* Droit pénal général núms. 332 ss.; *Tulkens/van de Kerchove,* Introduction págs. 211 ss.

[52] Al respecto, vid. *Fragoso,* Lições págs. 218 ss.; *da Costa jr.,* Comentários, art. 22 comentraio 1, Art. 24 comentario 2; *de Jesus,* Código Penal Anotado, Art. 22, voz "Efeito".

§ 45 El exceso en la legítima defensa

Bitzilekis, Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts, 1984; *Fischer, Die* straflose Notwehrüberschreitung, Diss. Frankfurt 1971; *Gallas,* Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Geilen,* Notwehr und Notwehrexzeß, Jura 1981, pág. 378; *Müller-Christmann,* Der Notwehrexzeß, JuS 1989, pág. 717; *Otto,* Die Grenzen der strafbaren Überschreitung der Notwehr, Jura 1987, pág. 604; *Roxin,* Über den Notwehrexzeß, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 105; *el mismo,* "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *Rudolphi,* Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff, JuS 1969, pág. 461; *Sauren,* Die Überschreitung des Notwehrrechts, Jura 1988, pág. 567; *Schröder,* Notwehrüberschreitung und Putativnotwehr, ZAK 1944, pág. 123; *el mismo,* Anmerkung zu BGH vom 1.8.1961, JR 1962, pág. 187; *Timpe,* Grundfälle zum entschuldigenden Notstand und zum Notwehrexzeß, JuS 1985, pág. 117.

I. Legítima defensa y exceso defensivo

1. La legítima defensa sólo justifica aquellas acciones que son *necesarias* para repeler un ataque antijurídico actual y que resulten lo menos lesivas para el agresor (vid. *supra* § 32 II b y c). Si el que se defiende sobrepasa esos límites actúa antijurídicamente (*exceso intensivo en la defensa*). También actúa antijurídicamente cuando se defiende frente a un ataque que todavía no es o que ha dejado de ser actual (*exceso extensivo en la defensa*). En el primer caso el autor sobrepasa la medida de la legítima defensa y en el segundo los límites temporales de ésta.

2. Básicamente, ambos supuestos de exceso en la legítima defensa son punibles si a la antijuricidad del hecho se le añaden los restantes elementos del delito. Si el defensor sobrepasa **conscientemente** la medida de la defensa necesaria o sus límites temporales entonces es responsable de un hecho doloso. Si sobrevalora la intensidad del ataque y, por este motivo, **inconscientemente** hace más de lo que era necesario para la defensa, o reacciona con anterioridad por creer equivocadamente que el ataque estaba ya en marcha, entonces existe un error acerca de los presupuestos de la legítima defensa (*legítima defensa putativa*) que hay que tratar de acuerdo con las reglas del error de tipo permisivo (aplicación de la pena de acuerdo con la disposición de la imprudencia en el supuesto de evitabilidad del error) (vid. *supra* § 41 IV 1d).

II. Exceso en la legítima defensa por confusión, miedo o pánico

1. El mandato del Ordenamiento jurídico de elegir el medio de defensa menos lesivo, no obstante la situación de riesgo y premura, supone para el defensor un difícil cometido, puesto que la prudencia y la obediencia al Derecho deben conservarse en una situación en la que el autocontrol se pierde fácilmente. A ello se añade también el hecho de que el defensor no puede demandar la protección del Ordenamiento jurídico en toda su extensión. De ahí que ya en el siglo pasado fuera introducida la posibilidad de una atenuación. En el § 41 del StGB prusiano de 1851 el exceso en la legítima defensa por aturdimiento, miedo o pánico, fue incluso equiparado a la legítima defensa misma a pesar de que los distintos proyectos habían partido de la concepción de que el exceso en dicha causa de justificación no debía poder ser imputado al autor secillamente por constituir un arrebato "asténico"[1].

2. Actualmente, de acuerdo con el § 33, el autor "no será castigado" si sobrepasa los límites de la legítima defensa a causa de confusión, miedo o pánico. La Parte General de 1975 ha sustituido el elemento anterior del "aturdimiento" por el de "confusión" para definir con mayor exactitud la situación anímica del agredido (vid. E 1962 § 38, Fundamentación pág. 158); además, de la expresión "por" ("aus") [en lugar de la de "en" ("in"), como se recogía anteriormente] se deduce que debe existir una relación interna entre el arrebato y la extralimitación del autor (vid. BT-Drucksache V/4095)[2]. La exclusión de la pena de acuerdo con el § 33 puede ser fundamentada de modo diverso. De acuerdo con la visión más correcta se trata de una **causa de exculpación** (RG 56, 33; BGH 3, 194 [198]; BGH GA 1969, 23 [24]; NStZ 1981, pág. 299; NStZ 1983, pág. 117)[3]. A pesar

[1] Vid. *Goltdammer*, Materialen Tomo I pág. 422.

[2] La posibilidad de atenuación de la pena prevista en el § 38 I E 1962 para *todos* los casos de exceso intensivo en la legítima defensa fue tachada de demasiado amplia, pues la atenuación en el marco de los límites la pena ordinaria era suficiente (vid. BT-Drucksache V/4095 pág. 14). Mostrándose conforme, *Stree*, en: *Roxin* y otros, Einführung pág. 39; en contra, *Gallas*, ZStW 80 (1968) pág. 23.

[3] En el mismo sentido camina la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 311; *Blei*, Allg. Teil pág. 211; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 130; *Dreher/Tröndle*, § 33 núm. 3; *Otto*, Jura 1987, pág. 607; *Geilen*, Jura 1981, pág. 378; *LK(11.ª) (Spendel)* § 33 núm. 37; *Lackner*, § 33 núm. 1; *Kohlrausch/Lange*, § 53 comentario X; *v. Llszt/Schmidt*, pág. 199; *Scönke/Schröder/Lenckner*, § 33 núm. 2; *SK (Rudolphi)* § 33 núm. 1; *Welzel*, Lehrbuch pág. 88; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 446 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 471 (no resulta admisible que la regulación sea superflua); *Wessels*, Allg. Teil núm. 445. Por el contrario, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 30 ve en la regulación contenida en el § 33 una prueba para su teoría sobre la imputabilidad escalonada (responsabilidad por el hecho) (vid. la tercera ed. de esta obra pág.

de que el hecho es todavía antijurídico y de que su contenido de culpabilidad está simplemente reducido, el legislador renuncia a la formulación del reproche culpabilístico porque para él el contenido de injusto y de culpabilidad aparece tan disminuido que no se ha alcanzado el límite del merecimiento de pena (vid. *supra* § 43 III 2b). En el exceso de la legítima defensa el desvalor de resultado ha disminuido sobre la base del valor que supone el bien protegido por el autor, el desvalor de acción está ampliamente compensado por la situación defensiva y la voluntad de salvación y la culpabilidad se muestra de esta forma bajo una luz distinta de modo que la confusión, el temor o el pánico han dificultado esencialmente la formación de una voluntad adecuada a la norma[4]. Ciertamente, aunque la confusión, el miedo o el pánico deben haber sido la causa del exceso en la legítima defensa y, a la vista de la impunidad que promueve el precepto, debe aceptarse un grado considerable de arrebato (BGH NStZ 1995, pág. 76), sin embargo, también otros accesos como la ira (BGH 3, 194 [198]), el calor de la disputa, el odio o la indignación pueden también haber desempeñado su papel, siempre que sólo fueran determinantes los arrebatos asténicos (BGH GA 1969, 23 [24])[5].

3. En el **exceso intensivo de la legítima defensa** el § 33 es aplicado tanto a los casos de extralimitación consciente e inconsciente (RG 21, 189 [191]; 56, 33 [34]; BGH NStZ 1987, pág. 20; BGH NStZ 1989, 474 [475]; BayObLG JR 1952, pág. 113)[6]. En el caso de exceso *consciente* o, incluso, *intencionado* sobre

348). A favor de una causa personal de exclusión de la pena *M. E. Mayer,* Lehrbuch págs. 282 ss..; *Fischer,* Notwehrüberschreitung págs. 80 ss.; *v. Hippel,* Tomo II pág. 213; a favor de una regla probatoria *LK(9.ª) (Baldus)* § 53 núm. 48; *Schröder,* ZAK 1944, págs. 123 ss. Por el contrario, *Roxin,* Schaffstein-Festschrift págs. 117 ss., Henkel-Festschrift pág. 189 y Allg. Teil I § 22 núm. 69, fundamenta aquí también la exclusión de la punibilidad de forma inmediata sobre la teoría del fin de la pena. Llendo más allá *Jakobs,* Allg. Teil 20/8 y *Timpe,* JuS 1985, pág. 119, únicamente atienden a si la víctima puede ser responsabilizada por la *propia culpabilidad* en la causación del comportamiento extralimitado del autor.

[4] Así, *Rudolphi* JuS 1969, págs. 462 ss.; *SK (Rudolphi)* § 33 núm. 1; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 33 núm. 2; *Eser/Burkhardt,* Strafrecht I núm. 11 A núm. 29; *LK(11.ª)(Spendel)* § 33 núms. 39 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 446; *Sauren,* Jura 1988, págs. 569 ss.; *Fischer,* Notwehrüberschreitung págs. 70 ss.

[5] La famosa observación de *M.E. Mayer,* Lehrbuch págs. 282 ss., de que aquí "la imputación, esa afinada contribución de la justicia penal, es puesta en jaque por una regla tosca", no se corresponde ya con el Derecho vigente.

[6] De esta opinión es también la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 311; *Blei,* Allg. Teil pág. 212; *Dreher/Tröndle,* § 33 núm. 3; *Eser/Burkhardt,* Strafrecht I núm. 11 A núm. 36; *Frank,* § 53 comentario II; *Lackner,* § 33 núm. 3; *LK(11.ª)(Spendel)* § 33 núm. 52; *LK(11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 203 antes del § 32; *Jakobs,* Allg. Teil 20/30; *Maurach/Zipf,*

los límites de la defensa necesaria, la regulación legal favorece ampliamente al defensor pues para su fundamentación puede aducirse que el autor repele un ataque antijurídico actual y la pérdida del autocontrol desencadenó precisamente ese ataque[7].

Ejemplo: Tras un duro intercambio de palabras el autor es atacado simplemente con las manos por su rabioso adversario; aquél se defiende con un cuchillo al no atreverse a hacerlo con los puños a pesar de que poseía una manifiesta superioridad física sobre el agresor (RG 21, 189 [191 ss.]).

Si el autor ha sobrepasado *inconscientemente* los límites de la defensa necesaria, entonces o se encuentra bajo un error de tipo permisivo acerca de los presupuestos de la legítima defensa (intensidad del ataque, existencia de un medio menos lesivo de defensa) o bajo un error de prohibición acerca de los límites de la causa de justificación (vid. *supra* § 41 III y IV 1). En este caso el § 33 posee únicamente el significado de que el error, en atención a la constitución anímica del agredido, *siempre* es considerado invencible, de modo que no puede ser castigado ni con arreglo al tipo imprudente ni tampoco de acuerdo con el doloso.

Ejemplos: El propietario de una hilada de cerezos realiza, sin apuntar concretamente a nadie, un disparo de intimidación frente a los ladrones que le cuesta la vida a uno de ellos, porque por miedo a los hombres cuya actitud violenta le era conocida no disparó el arma en dirección vertical, hacia arriba, sino que descuidadamente lo hizo de forma inclinada en dirección a los árboles (RG 56, 33 [34]). Un hombre joven defiende a su hermana en una pista de baile frente a molestias no especialmente peligrosas procedentes de un grupo de jóvenes, de modo que asustado por el gran número de agresores golpea a uno de ellos con una botella en la cabeza (OLG Oldenburg Nds. Rpfl. 1951, 211). Un alumno se defiende frente a los puñetazos de un compañero de fortaleza física superior y "por miedo excesivo" le asesta una puñalada en el corazón, en lugar de dirigirla a una parte del cuerpo menos peligrosa (BGH JR 1980, 210 [211]).

Allg. Teil I § 34 núm. 30; *Roxin,* Schaffstein-Festschrift pág. 110; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 441; *Wessels,* Allg. Teil núm. 446; *Sauren,* Jura 1988, pág. 570; *Müller-Christmann,* JuS 1989, pág. 719; *Rudolphi* JuS 1969, pág. 463. Por el contrario, a favor de la limitación de la atenuación al exceso inconsciente, *Binding,* Handbuch pág. 753; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 33 núm. 6; *Schröder,* ZAK 1944, págs. 123 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 89; *LK(9.ª) (Baldus)* § 53 núm. 43; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 472. Esta concepción, tal y como ha demostrado *Roxin,* Schaffstein-Festschrift págs. 108 ss., no puede sostenerse a la vista de la historia de la codificación.

[7] Desde luego que no es exculpable una extralimitación completamente desproporcionada sobre los límites de la legítima defensa (disparo mortal para repeler una bofetada); así, *Roxin,* Allg. Teil I § 22 núm. 79; *Jakobs,* Allg. Teil 20/29; *SK (Rudolphi)* § 33 núm. 5a frente a *Dreher/Tröndle,* § 33 núm. 33.

4. Por el contrario, está **excluida** la aplicación del **§ 33 en el exceso extensivo de la defensa** (RG 54, 36 [37]; 61, 216 [217]; 62, 76 [77]; OGH 3, 121 [124]; BayObLG JR 1952, pág. 113; LG München I JZ 1989, 565 [566]), pues en este caso no concurre el efecto aminorador del injusto que supone la presencia de una situación defensiva[8]. En la extralimitación consciente de la legítima defensa el autor es responsable, sin más, por el tipo doloso realizado.

Ejemplo: El defensor ha repelido el ataque con un disparo, pero realiza otros dos más sobre el agresor que está indefenso y tendido en el suelo (RG 62, 76).

Si el defensor yerra acerca de la actualidad de la agresión, entonces concurre un error de tipo permisivo común que tiene lugar por confusión, miedo o pánico, circunstancias éstas que deben ser tenidas en cuenta en el marco del examen de la evitabilidad de aquél. Si en la legítima defensa putativa el autor sobrepasa los límites de la defensa necesaria no hay posibilidad de aplicar el § 33, pues ante la ausencia de una situación defensiva no existe ningún motivo para privilegiar situaciones de arrebato por vía de la plena exculpación (BGH NJW 1962, 308 [309])[9]. No obstante, en casos concretos de legítima defensa putativa puede también decaer el reproche por un comportamiento imprudente si por confusión, miedo o pánico, el autor juzgó mal la medida de la defensa necesaria (BGH NJW 1968, pág. 1885).

5. Como también la **legítima defensa provocada** suministra el derecho (limitado) a la autodefensa si el agredido no puede evitarlo (vid. *supra* § 32 III 3a), el § 33 debe ser también aplicado en este caso (BGH 39, 133 [139])[10].

---

[8] Y así, fue ya *Goltdammer*, Materialen Tomo I pág. 422, quie restringió la extralimitación exculpante en la legítima defensa al supuesto del error en la elección del medio. Asimismo, en la doctrina actual, *Dreher/Tröndle*, § 33 núm. 2; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 11 A núm. 41; *Lackner*, § 33 núm. 2; *Geilen*, Jura 1981, pág. 379; *Kohlrausch/Lange*, § 53 comentario X; *LK(9.ª) (Baldus)* § 53 núm. 45; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 27; *Müller-Christmann*, JuS 1989, pág. 718; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 448; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 473; *Wessels*, Allg. Teil núm. 447; *H. Mayer*, Grundriß pág. 101; *SK (Rudolphi)* § 33 núm. 2; *Welzel*, Lehrbuch pág. 89. De otra opinión, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 310 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 211; *Jakobs*, Allg. Teil 20/31; *Roxin*, Schaffstein-Festschrift pág. 117; *el mismo*, Allg. Teil I § 22 núms. 88 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 33 núm. 7, quien también aplica el § 33 al exceso extensivo; también a favor del exceso extensivo posterior, *LK (11.ª) (Spendel)* § 33 núm. 8; *Otto*, Jura 1987, pág. 606; *Timpe*, JuS 1985, págs. 120 ss.

[9] En profundidad sobre la cuestión, *Rudolphi*, JuS 1969, págs. 463 ss. Por el contrario, a favor de la aplicación analógica del § 33 a casos concretos de exceso en la legítima defensa putativa, *Roxin*, Schaffstein-Festschrift pág. 120; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 33 núm. 8; *Fischer*, Notwehrüberschreitung pág. 97; *SK (Rudolphi)* § 33 núm. 6.

[10] Así, *Dreher/Tröndle*, § 33 núm. 3; *Bitzilekis*, Die neue Tendenz pág. 194; *LK (11.ª) (Spendel)* § 33 núm. 74; *Lackner*, § 33 núm. 4; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 30; *Rudolphi*, JuS

Ejemplos: Quien provoca la agresión de un borracho con ciertas observaciones puede ser exculpado a través del § 33 por su apuñalamiento (de otra opinión BGH NJW 1962, 308 [309][11]). El amante que es descubierto por el marido puede acogerse al § 33 si no puede escapar y se defiende golpeando al agresor con una botella de cerveza (de otra opinión, OLG Hamm NJW 1965, pág. 1928). Por el contrario, no puede reclamar la aplicación del § 33 quien habiendo sido advertido previamente de la agresión y pudiendo demandar la protección de la policía, acaba defendiéndose con un disparo mortal (BGH 39, 133 [140]).

§ 46 Actuación en virtud de obediencia debida

v. Ammon, Der bindende rechtswidrige Befehl, Strafr. Abh. Heft 217, 1926; *Arndt*, Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls, NZWehrr 1960, pág. 145; *el mismo*, Grundriß des Wehrstrafrechts, 2.ª ed. 1966; *Comtesse*, Das schweiz. Militärstrafgesetz, 1946; *Ducklau*, Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen, Diss. Freiburg 1976; *Fuhrmann*, Der höhere Befehl als Rechtfertigung im Völkerrecht, 1963; *Hanack*, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, 1967; *Janssen*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Soldaten für auf Befehl begangene Straftaten in rechtsvergleichender Betrachtung, Diss. Bonn 1939; *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952; *el mismo*, Verantwortung und Gehorsam im Bereich der Polizei, Polizeiblatt für das Land Baden-Württemberg 1964, pág. 97; *el mismo*, Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr, en: Bundeswehr und Recht, 1965, pág. 63; *Kohli*, Handeln auf Befehl im schweizerischen Militärstrafrecht, 1975; *Logoz*, Vers un nouveau code pénal militaire, SchwZStr 30 (1917) pág. 237; Materialien des V. Internationalen Kongresses der Gesellschaft für Militärstrafrecht zum Thema "L'obéissance militalre", Revue de droit pénal militaire X (1971) Heft 1; *Müller-Rappard*, L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné, 1965; *Nuvolone*, Valori costituzlonali della disciplina militare usw., Rassegna della giustizia militare 1979, pág. 22; *Oehler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des militärischen Untergebenen für Handeln auf Befehl im französischen Recht, Festschrift für U. Stock, 1966, pág. 237; *Queralt y Jiménez*, La obediencia debida en el Código penal, 1986; *Rodríguez Devesa*, La obediencia debida en el CPM de 1985, Festschrift für E. Correla, 1987, pág. 3 [edición especial]; *Schirmer*, Befehl und Gehorsam, 1965; *Schölz*, Zur Verbindlichkeit des Befehls USW., Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 479; *Schwaiger*, Der Anwendungsbercich des § 5 WStG, NZWehrr 1961, pág. 64; *Schwenck*, Wehrstrafrecht im System des Wehrrechts, 1973; *Schwlnge*, Befehl und Gehorsam, ZAK 1938, pág.

1969, págs. 465 ss.; *Roxin*, Schaffstein-Festschrift págs. 123 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 33 núm. 9; *SK (Rudolphi)* § 33 núm. 5.

[11] Críticamente en relación con la restricción del § 33, *Schröder*, JR 1962, pág. 189.

147; *Stoecker,* § 47 MStGB in geschichtlicher, rechtsverglelchender und rechtspolitischer Betrachtung, Diss. Marburg 1938; *Stratenwerth,* Verantwortung und Gehorsam, 1958; *Vogler,* Zum Einwand des Handelns auf Befehl im Völkerstrafrecht, Revue de droit pénal militaire 1968, pág. 111; *v. Weber,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl, MDR 1948, pág. 34; *Würtenberger,* Der Irrtum über die Völkerrechtmäßigkeit des höheren Befehls im Strafrecht, MDR 1948, pág. 271.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes del § 35.

I. La actuación en cumplimiento de obediencia debida como causa de justificación y de exculpación

1. El deber de obediencia del subordinado se fundamenta por medio de cualquier *orden vinculante*; esto rige tanto para los funcionarios como para los soldados. **El subordinado que ejecuta una orden vinculante**, dado que está obligado a obedecerla, **actúa conforme a Derecho** incluso si el mandato que le ha sido impuesto contradice con su contenido el Ordenamiento jurídico (por ejemplo, por implicar una infracción administrativa o una acción que no está permitida) (vid. *supra* § 35 II 3)[1].

2. Por el contrario, una **orden que no posee carácter vinculante** sólo es tenida en cuenta como **causa de exculpación**. El subordinado que ejecuta un mandato penalmente ilícito actúa típica y antijurídicamente incluso aunque crea en la obligatoriedad de la orden[2]. La posibilidad de que una orden antijurídica pueda constituir una causa de exculpación se deduce para los *funcionarios* de los siguientes preceptos: II 3 BBG, § 38 II 2 BRRG, § 75 II 3 LBG Baden-Württemberg: si *no es reconocible* la punibilidad del comportamiento que le ha sido encargado queda libre de responsabilidad. Por el contrario, para los *soldados* el efecto de la orden como causa de exculpación se extiende más allá: el subordinado sólo es responsable si *reconoce* el carácter delictivo que supone la ejecución de la orden o si, de conformidad con las circunstancias que le son conocidas, tal carácter es *manifiesto* (§ 5 I WStG, § 11 II 2 SG). La correspondiente legislación rige para

[1] Ya anteriormente en este sentido, *Ammon,* Der bindende rechtswidrige Befehl pág. 48. Actualmente vid. *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 177 antes del § 32; *Jakobs,* Allg. Teil 16/11 ss.; *Schölz/Lingens,* § 2 WStG núm. 34; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 88a antes del § 32; *Schwenck,* Wehrstrafrecht pág. 92; *Stratenwerth,* Verantwortung págs. 181 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 450.

[2] Vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 451; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 16 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 121 antes del § 32; *Schölz/Lingens,* § 5 WStG núm. 5; *Wessels,* Allg. Teil núm. 450.

los funcionarios ejecutivos de la Federación cuando en virtud de un mandato tienen que hacer uso directo de la fuerza (§ 7 II UZwG)[3].

3. El motivo por el que puede ser exculpada la comisión en virtud de obediencia debida de una acción conminada con pena reside, de forma similar a como sucede con el estado de necesidad exculpante y el exceso en la legítima defensa, en la **sustancial disminución del injusto de acción y del contenido de la culpabilidad** del hecho (vid. *supra* § 43 III 2b). El subordinado cree actuar conforme a Derecho, actúa con voluntad de cumplir el deber de obediencia cuya inobservancia está sancionada para los funcionarios a través del Derecho disciplinario y para los soldados, incluso, por el propio Derecho penal (§§ 19-22 WStG)[4]. También está reducido el reproche de culpabilidad que puede ser formulado frente al subordinado que no reconoce la punibilidad del comportamiento ordenado, pues el deber de examen de quien actúa en virtud de obediencia debida es restringido. El *funcionario* sólo tiene, pues, el deber de verificar el carácter vinculante de un mandato emitido por el superior competente si existen razones para creer que le es exigida la comisión de una acción punible. Básicamente, debe poder confiar en que todas las órdenes dictadas por el superior se mantienen dentro del marco del sometimiento a la Ley y al Derecho (art. 20 III GG). Al *soldado* (al igual que a los *funcionarios ejecutivos* que recurren al uso directo de la fuerza en ejecución de un mandato oficial) no le corresponde ningún deber de examen. Por regla general ni siquiera le compete un *derecho* a verificar la orden, pues tiene que "ejecutarla con todos los medios a su alcance, concienzuda e inmediatamente" (§ 11 I 2 SG). El soldado sólo está legitimado y obligado a formular objeciones si se da cuenta de que el superior ordenante se encuentra en un error sobre las circunstancias materiales y que, caso de haberlas reconocido, probablemente no habría dado la orden, así como cuando ello resulta manifiesto de acuerdo con las circunstancias por él conocidas (BGH 19, 231 [234]). Lo mismo rige para el caso en el que el

[3] Puede decirse que para los funcionarios ejecutivos de los "Länder" se echa parcialmente en falta una regulación de esta naturaleza (vid., por ejemplo, §§ 49 ss. de la Ley de Policía de Baden-Württemberg en su redacción de 13.1.1992, GBl. BW pág. 1), aunque provisionalmente sea de aplicación correspondiente el § 7 UZwG. La Orden del Ministerio de Interior de Baden-Württemberg de 13.5.1969 (Gemeinsames Amtsblatt pág. 350) contiene una regulación correlativa a la recogida en el § 7 II 2 UZwG. Para los empleados públicos que desarrollan funciones ejecutivas en centros penitenciarios y que deben hacer uso directo de la fuerza por orden de sus superiores, rige el § 97 II StVollzG cuyo contenido se corresponde con el del § 7 II UZwG.

[4] Acerca del error sobre el carácter vinculante de la orden, *Schölz*, Dreher-Festschrift págs. 483 ss.

subordinado advierte o resulta sencillamente evidente que con el seguimiento de la orden se colaboraría en la comisión de un hecho punible (§ 11 II 1 SG).

4. La actuación en virtud de obediencia debida es una causa de exculpación autónoma que, simultáneamente, presenta un tratamiento especial en relación con el error de prohibición[5]. Mientras que toda persona tiene que responder por sí misma de la adecuación a Derecho de sus acciones y, por ello, también debe responsabilizarse penalmente de la corrección material de sus decisiones, en cambio, dentro del aparato burocrático y de la jerarquía militar rigen otras leyes. Para el subordinado es determinante la confianza en la autoridad del superior y el hábito de obediencia, mientras que, básicamente, de la corrección material del mandato impuesto sólo responde el superior. Dado que, por consiguiente, derecho y deber están configurados de otro modo para funcionarios y militares, también la causa de exculpación del actuar en virtud de obediencia debida debe ser tratada según sus propias reglas (BGH 5, 239 [244]; BGH LM § 47 MStG núm. 3). Aquí pertenece también el tratamiento especial del error de prohibición que, a diferencia del § 17, inciso segundo, solamente es castigado si resulta evitable sin la menor reflexión[6].

II. Los límites del efecto exculpante en la orden no vinculante

Un mandato que no resulta obligatorio sólo es planteado como causa de exculpación **cuando el subordinado lo ha considerado de obligado cumplimiento y pudo considerarlo de tal modo**[7]. No concurriendo estas circunstancias, ni el injusto de la acción ni el contenido de la culpabilidad del hecho se reducen lo suficiente como para poder hacer decaer el reproche culpabilístico[8].

1. Si el subordinado sabe que ni siquiera se han cumplido los **requisitos formales** de una orden vinculante (vid. *supra* § 35 II 2a), entonces falta el más mínimo fundamento para la presunción de legalidad. El subordinado se encuentra

---

[5] Así, *Schölz/Lingens*, § 5 WStG núm. 1; *Schwenck*, Wehrstrafrecht pág. 90; *Wessels*, Allg. Teil núm. 450. Enfatizando el tratamiento especial para el caso del error de prohibición, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 23; *Jakobs*, Allg. Teil 19/53; *Roxin*, Allg. Teil I § 21 núm. 70; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 121 antes del § 32; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 17 núms. 52 ss.

[6] El error del subordinado de que una orden justifica cualquier actuación es error de prohibición que en la actualidad ya no puede seguir siendo considerado como inevitable. Así, BGH 22, 223 en relación con el § 47 MStGB; *Arndt*, Grundriß pág. 119; *Schwenck*, Wehrstrafrecht pág. 96. A favor de la aplicación del § 5 WStG también para estos casos, *Schölz/Lingens*, § 5 WStG núm. 10.

[7] De ahí que no pueda acogerse a la obediencia debida quien la ha provocado conscientemente mediante una información falsa (BGH 19, 33 [35]).

[8] En relación con la responsabilidad criminal del funcionario vid. *Jescheck*, Polizeiblatt 1964, págs. 100 ss.; acerca de la responsabilidad penal del soldado, *el mismo*, Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr págs. 89 ss.

frente al superior en una situación que en nada difiere de cualquier otra relación fáctica de poder.

Ejemplos: La orden del jefe de estación al conductor de un tren para que éste no inicie su trayecto, con la finalidad de llevar a cabo una huelga ilegal, carece de carácter vinculante por extralimitación de competencias (RG 56, 412 [418]) y no puede beneficiar al subordinado que conoce esta circunstancia. La orden del superior jerárquico militar, basada en un enojo personal, de detener a una persona civil y conducirlo a la policía, se encuentra fuera del alcance de las misiones oficiales y, por ello, no es vinculante; el subordinado que sabe esto no es exculpado (de acuerdo con la RG 71, 284).

2. Si el subordinado sabe que faltan los **requisitos materiales** para que la orden sea vinculante (vid. *supra* § 35 II 2b) y, especialmente, porque con su ejecución cometería una acción delictiva, entonces tampoco puede acogerse a la presunción de legalidad pues ya ha tenido conocimiento positivo de lo contrario. El conocimiento significa en este contexto conocimiento *seguro* (BGH 5, 239 [244]; 19, 231 [234]; 22, 223 [225])[9]. De ahí que no sea exculpado el subordinado que ejecuta una orden con conocimiento cierto de su antijuricidad. Esto rige en igual medida para funcionarios (§ 56 II 3 BBG; § 38 II, inciso segundo, BRRG; § 75 II, inciso tercero, LBG Baden-Württemberg), para soldados (§ 5 I WStG; § 11 II 2 SG) y para funcionarios ejecutivos que deben hacer uso directo de la fuerza (§ 7 II 2 UZwG).

Ejemplos: El empleado municipal que ejecuta una detención por orden del alcalde, cuya antijuricidad le consta, es culpable de detención ilegal (RG 6, 432 [440]; vid., también, RG 54, 337). Un soldado que en el mes de marzo de 1945, en ejecución de una orden cuyo carácter delictivo conocía, colaboró en el fusilamiento de trabajadores extranjeros, fue condenado con acierto por asesinato (BGH 15, 214 [217]).

3. Las dudas comienzan en la cuestión relativa a si una orden vinculante deja de liberar de responsabilidad al subordinado que aunque, ciertamente, no ha conocido positivamente la antijuricidad de la acción que le fue encomendada, sin embargo, *pudo haberlo hecho si hubiera prestado atención suficiente.*

a) Para el **funcionario** rige la regla en virtud de la cual un mandato deja de ser considerado como causa de exculpación si fue **reconocible** la condición de delito o de infracción administrativa del comportamiento encomendado (§ 56 II 3 BBG, § 38 II 2, inciso segundo, BRRG; por el contrario, de acuerdo con el § 75 II, inciso tercero, LBG Baden-Württemberg, el funcionario deja sólo de ser exculpado si la ilicitud penal o administrativa de la conducta ordenada era

[9] Vid. *Schölz/Lingens*, § 5 WStG núm. 9.

reconocible "sin más"). Para su identificabilidad lo importante es que concurran puntos de referencia que debieron suministrar al funcionario objeciones frente a la legalidad del mandato.

Ejemplos: A los médicos de un hospital que han colaborado en la muerte de enfermos mentales les fue reconocible la punibilidad del comportamiento encomendado y, en consecuencia, no fueron exculpados por la orden de sus superiores (OLG Frankfurt SJZ 1947, 621 [627 ss.]). Lo correspondiente rige para los funcionarios de la Gestapo que colaboraron en la deportación de la población judía (BGH 2, 234 [240 ss.]).

La estricta delimitación del efecto exculpante de los mandatos oficiales en el ámbito civil está por ello justificada, pues los funcionarios asumen la completa responsabilidad personal por la legalidad de sus actuaciones oficiales (§ 56 I BBG, § 38 I BRRG, § 75 I LBG Baden-Württemberg) dado que, por regla general, tienen el tiempo y la oportunidad de verificar las órdenes que reciben y porque el aparato civil del Estado no se paraliza por las reconvenciones de aquéllos sino que fortalece su autoridad como institución jurídica.

b) En el **ámbito castrense** las cosas son, por el contrario, bien distintas porque no puede ser reconocido el derecho del subordinado a examinar la orden recibida. Anteriormente *sólo* perjudicaba al subordinado *el conocimiento positivo* de que a través del mandato el superior jerárquico "perseguía" la comisión de un delito grave o menos grave (§ 47 I núm. 2 MStGB 1940)[10]. De acuerdo con el Derecho vigente, por el contrario, ya no resulta exculpado si es **manifiesta** la ilicitud penal de la ejecución de la orden de acuerdo con las circunstancias por él conocidas, esto es, si es reconocible sin más por cualquier persona (§ 5 I WStG, § 11 2 SG)[11]. La misma regulación rige para los funcionarios ejecutivos de la Fe-

[10] Riguroso en el sentido de "haberse propuesto" el delito, *Schwinge*, ZAK 1938, págs. 147 ss.; *Stoecker*, § 47 MStGB pág. 55. Vid., además, RMG 13, 180 (184); 19, 190 (195). El significado práctico de la limitación al conocimiento positivo viene mostrado por sentencias de la Primera Guerra Mundial: dos oficiales de marina fueron condenados por complicidad en el homicidio porque, en virtud de la orden de su comandante, habían hundido botes salvavidas de un barco inglés para el transporte de heridos que fue torpedeado para ocultar así el crimen de guerra cometido; en cambio, el comandante de un submarino fue absuelto al entender como represalia admisible en Derecho internacional la orden de hundir otro barco utilizado para el traslado de heridos (RG en: Verh. D. Reichstags, I. Wahlperiode 1920/21, Tomo 368, anexo núm. 2584 pág. 75 [87] y 28 [31], respectivamente). Vid., además, respecto a la Segunda Guerra Mundial OLG Stuttgart HESt 2, 223 (orden de no hacer prisioneros); OLG Freiburg JZ 1951, pág. 85 (fusilamiento sin juicio de desertores tras la capitulación), con comentario crítico de *v. Weber*. Ejemplos adicionales pueden encontrarse en *Arndt*, NZWehrr 1960, pág. 147.

[11] Al respecto vid. *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 177 antes del § 32; *Schölz/Lingens*, § 5 WStG núms. 12 ss.; *Schwenck*, Wehrstrafrecht pág. 147; *Schirmer*, Befehl págs. 92 ss.,con numerosos ejemplos; *Schweiger*, NZWehrr 1961, 64 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 121a antes del § 32.

deración que tienen que recurrir al uso directo de la fuerza (§ 7 II 2 UZwG). La responsabilidad del subordinado por la ilicitud penal manifiesta de la orden rige también para delitos imprudentes como cuando, por ejemplo, la orden dirigida al conductor de cometer una infracción administrativa contra la seguridad del tráfico viene acompañada, con alta probabilidad, del ocasionamiento de la muerte a un transeúnte (BGH 19, 231 [233 ss.])[12]. El motivo por el que los soldados son tratados más benévolamente que los funcionarios, pero más severamente que en comparación con el Derecho militar vigente hasta 1945, reside en las necesidades del servicio militar tal y como deben ser entendidas bajo el Estado de Derecho. Un derecho del subordinado a verificar la orden sería también hoy incompatible con la esencia del servicio militar (BGH 39, 168 [189]), pero en el ámbito castrense tampoco pueden resultar exculpables la inconsciencia o la ceguera jurídica. El contenido de culpabilidad del hecho reside en que en los casos de una antijuricidad penal manifiesta, aún cuando el autor interviene en virtud de mandato, se comprueba una deficiencia inexcusable en la actitud jurídica interna del subordinado (de forma correlativa el § 9 II österr. StGB acepta la evitabilidad del error de prohibición "si para el autor el injusto fue fácilmente reconocible como para cualquier otra persona"). A pesar de que las relaciones jerárquicas en el servicio de policía no son completamente iguales, esta regulación también resulta aplicable a los funcionarios que desarrollan tareas ejecutivas y que deben hacer uso directo de la fuerza.

Ejemplos: El capitán de un barco de bloqueo que conforme a la orden recibida deja que un soldado, que fue detenido como espía, se hunda con un barco torpedeado, no podía ser exculpado según el § 5 WStG pues la orden fue manifiestamente delictiva (vid. BGH 5 StR 321/66 en *Hanack*, Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher pág. 57). Si a un soldado que sólo ha sido formado en la infantería se le ordena la ejecución de una voladura, con lo que resulta evidente que el superior lo confundió con un zapador, debió entonces habérselo advertido y al no hacerlo no es exculpado en caso de accidente (vid. también la BGH 19, 231 [234]).

c) Para el subordinado que no ha sido exculpado en virtud del § 5 I WStG, el § 5 II del mismo cuerpo legal prevé una **circunstancia especial de atenuación de la pena**, basada en la disminución de la culpabilidad, si la situación en la que se encontraba ejecutando la orden dificultaba sustancialmente la formación de la voluntad adecuada a la norma (por ejemplo, una situación de combate desesperada, desmoralización por pérdidas importantes, agotamiento por una larga in-

[12] Adviertiendo acertadamente sobre ello, *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 177 antes del § 32.

tervención). En este caso el tribunal *puede* fijar la pena dentro del marco punitivo atenuado del § 49 I e, incluso, prescindir completamente de ella en supuestos de delitos menos graves. Además, el § 5 WStG *no excluye otras causas de exculpación*. El subordinado puede, por ejemplo, quedar disculpado por vía del § 35 a causa de un estado de necesidad originado por la orden (vid. *supra* § 44 II 2)[13].

III. Derecho extranjero[14]

1. El Derecho *austríaco* sólo contiene en el § 3 II MilStG que puede prescindirse de la persecución de un soldado por la comisión de un delito si éste es de escasa importancia. Por lo demás, son aplicables las reglas generales sobre el error y el estado de necesidad[15]. Por el contrario, *Suiza* atiende al Derecho alemán anterior: según el art. 18 MStGB el subordinado sólo es punible cuando *sabe* que con el seguimiento de la orden colabora a la comisión de un delito grave o menos grave; en el resto de los supuestos queda exculpado. Además, el art. 18 II prevé la posibilidad de exonerarlo de la pena. Se rechaza la extensión de la responsabilidad por acciones cuya punibilidad *pudo* haber reconocido por considerarla incompatible con la disciplina militar[16]. De acuerdo con el Decreto *francés* de 1.10.1966 sobre Disciplina Militar, el subordinado es plenamente responsable por la ejecución de órdenes dirigidas a la comisión de una acción antijurídica (art. 22 núm. 3). Resulta dudoso[17] que sigan resultando aplicables los principios suministrados por el Derecho penal militar francés, según los cuales, era exculpado el subordinado que actuaba con buena fe si la antijuricidad de la acción ordenada no era manifiesta[18]. El § 5 WStG tiene su correspondencia en *Italia* con la regulación del art. 4 sobre "Norme di principio sulla discipline militare" de la Ley de 11.7.1978 núm. 382[19]. También en el vigente De-

[13] Vid. *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 34 núm. 25. Tal y como con razón advierte *Schölz/Lingens*, § 6 WStG, la inaplicabilidad del § 35 para el caso de miedo a un peligro personal sólo rige en relación con riesgos profesionales específicos y no en el supuesto de compulsión por medio de una orden manifiestamente antijurídica; acerca del § 35 I 2 vid. *Roxin*, Allg. Teil I § 22 núm. 41.

[14] Al respecto vid. *Fuhrmann*, Der höhere Befehl págs. 56 ss., 127 ss.; *Janssen*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Soldaten págs. 14 ss.; *Jescheck*, Völkerstrafrecht págs. 255 ss.; *Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam págs. 27 ss.; *v. Weber*, MDR 1948, págs. 271 ss. Vid., además, los materiales relativos al tema de "L'obéissance militaire etc.", Rev dr pén mil X (1971) págs. 51 ss.

[15] En relación con el § 535 del anterior StGB austríaco que excluía expresamente la orden como causa de exculpación vid. *Rittler*, Tomo I págs. 135 ss.

[16] *Comtesse*, Art. 18 MStGB comentario núm. 6; *Logoz*, SchwZStr 30 (1917) págs. 250 ss.; *Kohli*, Handeln auf Befehl págs. 37 ss.

[17] Tampoco la aportación francesa de *Paucot*, Rev dr pén mil X (1971) págs. 160 ss., da explicación alguna sobre ello.

[18] Sobre ello vid. *Müller-Rappard*, L'ordre supérieur págs. 102 ss.; *Oehler*, Stock-Festschrift págs. 250 ss.

[19] Vid. *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 373 ss.; *Nuvolone*, Rassegna di giustizia militare 1979, págs. 22 ss.

recho *británico*[20] queda impune el subordinado que cree en el deber de obdiencia a no ser que la orden sea manifiestamente antijurídica ("manifestly ilegal") (Manual of Military Law 1958, Parte I, Cap. V, art. 24)[21]. En la misma línea camina también el Derecho *norteamericano*: está exculpado el subordinado no ha reconocido la antijuricidad de la orden si tampoco hubiera podido hacerlo una persona razonable (Basic Field Manual, Rules of Land Warfare, 1956, art. 409)[22]. El Derecho *español* coincide en esencia con el alemán (art. 8 núm. 12 C.p. y art. 25 del Código penal militar)[23]. El Derecho *holandés* plantea la cuestión de la responsabilidad del subordinado en el ámbito de la discrecionalidad del tribunal[24]. En *Bélgica* la orden antijurídica que el subordinado ha ejecutado de buena fe constituye una causa de exclusión de la pena (excuse absolutoire) (art. 152 y 260 C.p.)[25]. En Derecho *brasileño* la orden manifiestamente antijurídica no es vinculante y el superior es hecho responsable como autor mediato del hecho (art. 22 C.p.). Resulta exculpado el subordinado que no ejecuta una orden que no es manifiestamente ilegal y cuya antijuricidad no reconoce; el carácter manifiesto de la ilegalidad se determina de acuerdo con las circunstancias del hecho, la inteligencia y la cultura del subordinado[26].

2. El apartado de Derecho extranjero muestra que no existe una regulación unitaria del problema de la obediencia debida. De todos modos, se percibe que ninguno de los Ordenamientos jurídicos aludidos sigue el principio de la obediencia incondicional y que también ninguno de ellos deja completamente indefenso al subordinado[27]. La regulación

---

[20] Acerca de la peculiar evolución jurídica en Gran Bretaña y en los EE.UU. vid. *Fuhrmann,* Der höhere Befehl págs. 32 ss.; *Vogler,* Rev dr pén mil VII (1968) págs. 123 ss.; *Stubbs,* Rev dr pén mil X (1971) págs. 283 ss.

[21] Vid. *Grünhut,* Das englische Strafrecht pág. 206; *Kenny/Turner,* Outlines pág. 67.

[22] *Honig,* Das amerikanische Strafrecht pág. 165; *Dommer,* Rev dr pén mil X (1971) págs. 305 ss.

[23] Vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,* Derecho penal págs. 521 ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón,* Derecho penal págs. 531 ss.; *Mir Puig,* Adiciones Tomo I págs. 547 ss.; *Rodríguez Devesa,* Correla-Festschrift (edición especial). En relación con la Guardia Civil, *Queralt y Jiménez,* Obediencia págs. 452 ss. [Hay que advertir, no obstante, que en el vigente art. 20 CP de 1995 ha desaparecido la obediencia debida como causa de exención de la responsabilidad criminal. A pesar de ello, algunos autores reconducen ahora estos supuestos por vía de la eximente contenida en el art. 20.7.º CP en su modalidad del cumplimiento de un deber. Asimismo, el art. 21 del Código penal militar de 1985 dispone que serán "de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal. *No se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes ó usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución*" (N del T)].

[24] Vid. *Kersten,* Rev dr pén mil X (1971) págs. 256 ss.

[25] Vid. *Hennau/Verhaegen,* Droit pénal général núm. 266; *Dupont/Verstraeten,* Handbock núm. 356.

[26] Vid. *Fragoso,* Lições págs. 221 ss.; *da Costa jr.,* Comentários, Art. 22 comentario núm. 2; *de Jesus, Direito* penal págs. 435 ss.

[27] Vid. *Vogler,* Rev dr pén mil VII (1968) págs. 126 ss. Acerca de la jurisprudencia alemana en la época de 1945 a 1965 *Ducklau,* Die Befehlsproblematik bei NS-Tötungsverbrechen, Diss. Freiburg 1976.

del § 5 WStG se encuentra en la mitad de ambos extremos y coincide con otros grandes Ordenamientos jurídicos.

§ 47 Colisión de deberes, inexigibilidad y actuación en conciencia como causas de exculpación supralegales

Achenbach, Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht? JR 1975, pág. 492; *Arndt,* Umwelt und Recht, NJW 1966, pág. 2204; *Baratta,* Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza, 1963; *Bloy,* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs-und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Bockelmann,* Zur Problematik der Sonderstellung von Überzeugungsverbrechern, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 543; *Böckenförde,* Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 28, 1970, pág. 33; *Bopp,* Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit, 1974; *Brauneck,* Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, pág. 261; *Drost,* Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten, GA 77 (1933) pág. 175; *Ebert,* Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975; *End,* Existentielle Handlungen im Strafrecht, 1959; *Eser,* Sterbewille und ärztliche Verantwortung, Medizinrecht 1985, pág. 6; *Fornasari,* Il principio di inesigibilitá nel diritto penale, 1990; *Freudenthal,* Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922; *Gallas,* Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 311; *Goldschmidt,* Normativer Schuldbegriff, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 428; *Großmann,* Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässlgkeit, 1924; *Grünhut,* Grenzen des übergesetzlichen Notstands, ZStW 51 (1931) pág. 455; *Günther,* Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983; *Hanack,* Anmerkung zu LG Hamburg vom 9.3.1976, NJW 1976, pág. 1758; *Hartung,* Anmerkung zu OGH 2, 117, NJW 1950, pág. 151; *Heinitz,* Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78 (1966) pág. 615; *Henkel,* Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Strafrecht, 1932; *el mismo,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Arthur Kaufmann,* Rechtsfreier Raum. usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 327; *Küper,* Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, pág. 474; *el mismo,* Grundfragen der "Differenzlerung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, pág. 81; *el mismo,* Die dämonische Macht des "Katzenkönigs" usw., JZ 1989, pág. 617; *Lang-Hinrichsen,* Epoché und Schuld, Festschrift für J. Bärmann, 1975, pág. 583; *Liepmann,* Literaturbericht, ZStW 43 (1922) pág. 710; *Lücke,* Der allgemeine Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit usw., JR 1975, pág. 55; *Mangakis,* Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts, ZStW 84 (1972) pág. 447; *Marcetus,* Der Gedanke der Zumutbarkeit, Strafr. Abh. Heft 243, 1928; *Maurach,* Kritik der Notstandslehre, 1935; *Moos,* Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert, 1968; *Müller-Dietz,* Gewissensfrelheit und Strafrecht, Festschrift für

K. Peters, 1974, pág. 91; *Nowakowski*, Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Oehler*, Die Achtung vor dem Leben und die Notstandshandlung, JR 1951, pág. 489; *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 3.ª ed. 1978; *Peters*, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR 1949, pág. 496; *el mismo*, Anmerkung zu BVerfGE 32, 98, JZ 1972, pág. 85; *Platzgummer*, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs usw., JBl 1971, pág. 236; *Roxin*, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, Festschrift für H. Henkel, 1974, pág. 171; *el mismo*, Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, pág. 425; *el mismo*, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, Festschrift für W. Malhofer, 1988, pág. 389; *Rudolphi*, Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 605; *Schaffstein*, Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund, 1933; *Eb. Schmidt*, Das Problem des übergesetzlichen Notstands, Mitt IKV Tomo V (1931) pág. 131; *el mismo*, Anmerkung zu OGH 1, 321, SJZ 1949, pág. 559; *R. Schmitt*, Der Arzt und sein lebensmüder Patient, JZ 1984, pág. 866; *el mismo*, Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, JZ 1985, pág. 365; *Schumacher*, Um das Wesen der Strafrechtsschuld, 1927; *Siegert*, Notstand und Putativnotstand, 1931; *Spendel*, Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmliderungsgrund, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 509; *Sproß*, Die Unrechts- und Strafbegründung bei dem Überzeugungs und Gewissenstäter, 1992; *Wachinger*, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung de RG, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 469; *v. Weber*, Die Pflichtenkollision im Strafrecht, Festschrift für W. Kiesselbach, 1947, pág. 233; *Wegner*, Zum Notstand im Entwurf eines allgemeinen deutschen StGB 1925, JR 1925, pág. 578; *Welzel*, Anmerkung zu OGH 1, 321, MDR 1949, pág. 373; *el mismo*, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1951) pág. 47; *Wittig*, Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1969, pág. 546.

Las *causas de justificación* son deducidas del conjunto del Ordenamiento jurídico, pudiendo pertenecer a la ley, a la costumbre o al Derecho suprapositivo (vid. *supra* § 31 III 1 y 2). Por el contrario, las **causas de exculpación están vinculadas** a la ley y, más concretamente, **a la ley penal**, puesto que la pregunta de si frente al autor de una acción típicamente antijurídica no puede ser formulado ningún reproche culpabilístico en atención a un disminuido contenido de injusto y de culpabilidad del hecho (vid. *supra* § 43 III 2b), básicamente sólo puede ser decidida por el legislador penal y no puede quedar abandonada a la valoración subjetiva del aplicador del Derecho[1]. Por ello, las causas de exculpación suprale-

[1] Asimismo, *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 196 antes del § 32; *Lackner*, nota preliminar núm. 30 antes del § 32; *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 33 núm. 15; *Schönke/Schröder/*

gales sólo pueden ser reconocidas como excepciones estrechamente delimitadas en supuestos en los que el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho ha disminuido de un modo característico[2].

I. El conflicto de deberes como causa de exculpación supralegal

1. En el enjuiciamiento de los conflictos de deberes hay que partir, ante todo, de la cuestión relativa a si uno de los deberes en juego puede ser considerado *superior* de acuerdo con las reglas del estado de necesidad supralegal. El conflicto se soluciona entonces según el principio general de que en la situación concreta sólo es vinculante el deber de mayor rango. El inferior cede frente a éste y su infracción está cubierta por el **conflicto justificante de deberes** (vid. *supra* § 33 V 1a).

2. La cuestión de si el **conflicto de deberes** posee el significado de una **causa de exculpación** sólo hay que plantearla tras comprobar que el autor ha actuado antijurídicamente. Eso sucede cuando cumple el deber superior a costa del inferior. Si el autor se equivoca acerca de la relación de jerarquía existente entre los deberes en disputa, entonces existirá un error sobre los presupuestos del estado de necesidad justificante (vid. *supra* § 41 IV 1d). Sin embargo, también hay casos en los que los principios de este último no permiten una decisión sobre el rango prevalente. Ello sucede especialmente cuando se trata de deberes de cuyo cumplimiento o no depende la vida de las personas. En este supuesto interviene el principio general, según el cual, ante la imposibilidad de comparar entre sí el valor personal de la vida humana está excluida cualquier diferenciación cuantitativa o cualitativa, de modo que tampodo el Ordenamiento jurídico tampoco puede aprobar la muerte o sacrificio de una persona determinada en beneficio del superviviente (vid. *supra* § 33 V 1b). En estos casos puede hablarse de deberes *no ponderables* o *no equiparables*[3]. Quien a costa de la vida de otras personas rescata a un gran número de personas o la vida de alguien que, desde el punto de vista que sea, posee una gran valía, no actúa conforme a Derecho a pesar de su tendencia

---

Lenckner, nota preliminar núm. 124 antes del § 32; *Wessels*, Allg. Teil núm. 433. También la BGH 2, 194, hay que entenderla sólo en el sentido de que hay que atender a excepciones estrechamente delimitadas. Vid. en este sentido, sobre todo, la RG 66, 397 (399), así como la BGH NJW 1953, 513 (514).

[2] Sobre ello vid. *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 476 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 452.

[3] Vid. *v. Weber*, Kiesselbach-Festschrift págs. 476 ss.; *Gallas*, Beiträge pág. 61; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 479 ss.; *Baratta*, Antinomie giuridiche págs. 102 ss.

a la preservación de un valor porque, simultáneamente, infringe un deber del mismo rango que debe ser sacrificado (vid. *supra* § 33 V 1b y c).

Ejemplos: Cuando en 1939 comenzó la acción destinada al exterminio de enfermos mentales determinados médicos de establecimientos sanitarios colaboraron en la confección de "listas de traslado", únicamente porque con el sacrificio de los casos desahuciados podían salvar la vida de otros enfermos respecto de los que suministraban conscientemente informaciones falsas tales como declararles aptos para el trabajo o curables; en cambio, si se hubieran negado habrían sido sustituidos por sumisos seguidores del partido del régimen y no habrían podido favorecer a nadie *(conflicto de deberes equivalente de acción y omisión)*(OGH 1, 321 [336 ss.]; 2, 117 [122]; LG Köln NJW 1952, 358 [359]; BGH NJW 1953, 513 [514]). En el naufragio de un barco un padre sólo puede rescatar a uno de sus dos hijos que se encuentran en la misma situación de peligro. Tras un accidente en cadena ocurrido en la autopista el médico jefe escoge a un herido grave que será conectado al único aparato de respiración asistida del hospital, mientras que debe morir un segundo herido que posee las mismas posibilidades de supervivencia *(conflicto de deberes de acción equivalentes)*[4]. El médico deja morir a una paciente inconsciente que por un intento de suicidio sufre daños irreparables y que no emprende un tratamiento destinado a salvarla por no desear aquélla la aplicación de medicina intensiva *(conflicto entre el deber de protección de la vida y el de respeto al derecho de autodeterminación)*[5].

En este tipo de casos concurre un **conflicto de deberes jurídicamente insoluble**. Los médicos no podían ni sacrificar a determinados pacientes para poder salvar a otros ni colaborar en la acción de exterminio de todos los pacientes por medio de su negativa. El padre no puede omitir el rescate de ninguno de sus dos hijos. El médico jefe no puede negar a ninguno de los heridos graves el único auxilio existente a través de su conexión al aparato de respiración asistida. En el caso de la paciente suicida el médico ni debe renunciar al tratamiento intensivo ni menospreciar su derecho de autodeterminación por respetar la "decisión de su conciencia" (BGH 32, 367 [381]). En tales supuestos, para el Ordenamiento jurídico tan importante es el cumplimiento de un deber como del otro, pues la observancia simultánea de ambos es materialmente imposible. Decida lo que decida, la persona que se encuentra ante tan insoluble conflicto de deberes actúa en cualquier caso *antijurídicamente* (vid. *supra* § 33 V 1b y c).

3. En consecuencia, en los supuestos de conflicto de deberes jurídicamente insoluble la decisión es remitida al *ámbito de la culpabilidad.* Puede suceder que la alternativa escogida por el autor, de acuerdo con un concienzudo examen por

[4] Ejemplos adicionales pueden verse en *End,* Existentielle Handlungen págs. 60 ss.

[5] Crítico al respecto, *R. Schmitt,* JZ 1984, pág. 868; *Eser,* Medizinrecht 1985, págs. 15 ss.

su parte, sea la que considera jurídicamente vinculante y que crea decidirse por el mal menor. En ese caso existiría un *error de prohibición* (error acerca de la concurrencia de una causa de justificación) que le libera del reproche de culpabilidad al ser por regla general de carácter invencible. Pero queda igualmente *exculpado* aún cuando el autor sea consciente de la situación sin salida a la que se enfrenta y actúe con pleno conomiento de la prohibición[6]. El motivo reside en que **tanto el contenido de injusto como de culpabilidad** del hecho se ha reducido sustancialmente[7]: el primero en atención al deber cumplido por el autor y el segundo porque en el caso de un conflicto insoluble de deberes no puede exigirse más que una actuación reflexiva. "El Ordenamiento jurídico no puede desaprobar la actitud psíquica del autor que apenas deja espacio para una decisión personal, la adopción de una resolución tras un examen concienzudo y dejarse además llevar por consideraciones que atestiguan su respeto por los valores fundamentales" *(Gallas)*. Con ello, sin embargo, no se ha dicho que para ser disculpado el autor debería decidirse incondicionalmente por el "mal menor"[8]. Más bien significa

---

[6] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 452; *Jakobs,* Allg. Teil 20/40 ss.; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 15 antes del § 32; *Lackner,* nota preliminar núm. 31 antes del § 32; *End,* Existentielle Handlungen págs. 10 ss.; *Gallas,* Beiträge pág. 76; *Hartung,* NJW 1950, pág. 155; *Henkel,* Mezger-Festschrift pág. 300; *Küper,* JuS 1987, págs. 90 ss.; *el mismo,* JZ 1989, págs. 626 ss. (en relación con la aceptación errónea del conflicto de deberes); *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 33 núm. 31 (exclusión de la responsabilidad por el hecho); *Eb. Schmidt,* SJZ 1949, 568 págs. ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 117 antes del § 32; *v. Weber,* Kiesselbach-Festschrift pág. 250; *Welzel,* MDR 1949, pág. 375; *el mismo, Lehr*buch págs. 184 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 476 ss. Sin embargo, a favor de una *causa personal de exclusión de la pena* OGH 1, 321 (335); 2, 117 (126); de acuerdo *Peters,* JR 1949, págs. 496 ss.; *Oehler,* JR 1951, págs. 489 ss.; *LK (8.ª) (Jagusch)* § 54 comentario núm. 10. A favor de una "causa de exclusión del injusto penal", *Günther,* Strafrechtswidrigkeit págs. 333 ss., a favor de una causa de justificación, *Brauneck,* GA 1959, pág. 271. A favor de la "no prohibición" del hecho *Blei,* Allg. Teil págs. 213 ss.; *Arthur Kaufmann,* Maurach-Festschrift págs. 336 ss. A favor de "dejar abierta la cuestión de la culpabilidad", *Lang-Hinrichsen,* Bärmann-Festschrift pág. 602. A favor de una causa de atenuación de la pena *Spendel,* Engisch-Festschrift págs. 523 ss. Diferenciando según los casos, *Otto,* Pflichtenkollision págs. 99 ss. Diferenciando también según los grupos de casos, *Mangakis,* ZStW 84 (1972) págs. 472 ss., quien, sin embargo, sitúa la solución de los mismos en la zona del injusto y no en el ámbito de la culpabilidad.

[7] Así, *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 117 antes del § 32; *Küper,* JuS 1971, pág. 477; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 212 antes del § 32. Por el contrario, *Roxin,* Henkel-Festschrift pág. 195; *el mismo,* Allg. Teil I § 22 núms. 143 ss. y *Achenbach,* JR 1975, pág. 495, recurren directamente a la teoría del fin de la pena.

[8] Así lo hace, sin embargo, la doctrina mayoritaria; vid. *Welzel,* Lehrbuch pág. 185; LG Köln NJW 1952, 358 (359); en contra, tanto *Gallas,* Beiträge pág. 76 como *Roxin,* Allg. Teil I § 22 núm. 156, que en tales casos sólo acepta una exclusión de la pena si el sujeto permanece pasivo.

que también debe quedar libre del reproche de culpabilidad quien no es capaz de intervenir por sí mismo en el curso del destino.

II. La inexigibilidad como causa de exculpación supralegal

1. La teoría normativa de la culpabilidad que divisa la esencia de ésta en la valoración de la formación de la voluntad y, conforme a ello, fundamenta el reproche culpabilístico en el "poder actuar de otro modo" por parte del autor (vid. *supra* § 38 II 3), condujo en sus últimas consecuencias a demandar el reconocimiento de la *inexigibilidad* de un comportamiento adecuado a la norma como **causa general de exculpación de carácter supralegal**. Partiendo de la necesidad de un concepto de culpabilidad ético-individual nacido en la época de la posguerra, *Freudenthal* llegó a la conclusión de "que no merece ninguna pena criminal quien, de acuerdo con las circunstancias del hecho, no pudo evitar su comisión"[9]. Pensaba tanto en "los peligros para la existencia económica y social" como en "la presión amenazante de tener que infringir las consideraciones más apremiantes de tipo humano". Mientras que esta teoría *subjetivista* de la inexigibilidad no pudo imponerse a la vista de los peligros anudados a ella para la firmeza e igualdad de la Administración de Justica[10], en cambio hace ya tiempo que ha encontrado reconocimiento la aceptación de una causa de exculpación supralegal sobre la base de la *capacidad de motivación del ciudadano medio* (§ 25 E 1930)[11], sobre todo desde que la jurisprudencia pareció inclinarse a favor de ella (RG 30, 25; 36, 78; 58, 97; 58, 226; 60, 101; 63, 223; en relación con esta jurisprudencia vid. *infra* § 47 II 3).

2. **Esta teoría, sin embargo, ha se ser rechazada**[12]; hoy en día ha perdido importancia (de otra opinión todavía OLG Hamm NJW 1976, pág.

[9] *Freudenthal,* Schuld und Vorwurf págs. 25 ss.; mostrando sus reservas, por el contrario, *Mezger,* Lehrbuch págs. 373 ss.

[10] Vid., en contra, sobre todo, *Großmann,* Vorsatz und Fahrlässlgkeit págs. 11 ss.; *Schumacher,* Wesen der Strafrechtsschuld págs. 25 ss.; *Liepmann,* ZStW 43 (1922) pág. 713 ("debilitamiento de los deberes ciudadanos"), *Maurach,* Kritik der Notstandslehre págs. 132 ss.

[11] Vid. *Goldschmidt,* Frank-Festgabe Tomo I págs. 448 ss.; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 263; *Henkel,* Notstand pág. 62; *Eb. Schmidt,* Mitt IKV Tomo V (1931) pág. 164; *Siegert,* Notstand págs. 44 ss.; *Wegner,* JR 1925, pág. 582; aunque restringiéndolo a la imprudencia también *Frank,* § 51 nota preliminar II 2; *Marcetus,* Zumutbarkeit págs. 57 ss. La idea continúa viva hoy en el estado de necesidad exculpante general previsto en el § 10 österr. StGB (OGH SSt 29, 83). Al respecto, vid. *Platzgummer,* JBl 1971, pág. 242; *Kienapfel,* Grundriß Z 20 núm. 2. Advirtiendo sobre la continuación de este planteamiento en Auf *Wessely* y *Wahlberg, Moos,* Der Verbrechensbegriff in österrelch págs. 414, 456. Acerca de la historia de la inexigibilidad como causa supralegal de exclusión de la culpabilidad, *Fornasari,* Il principio di inesigibilitá págs. 53 ss.

[12] Vid. ya anteriormente, *Wachinger,* Frank-Festgabe Tomo I pág. 496; *Grünhut,* ZStW

721[13]. Después de que, por primera vez, el RG dejase claro que "de acuerdo con el Derecho vigente al autor en los delitos dolosos no se le pueden ser concedidas otras causas de exculpación distintas a las descritas en la Ley", también se impuso en la ciencia la idea de que el Derecho penal necesita criterios en el ámbito de la culpabilidad que, ciertamente, deben ajustarse a la valoración de la formación de la voluntad pero que deben estar formalizados y legalmente determinados. Una causa de exculpación supralegal como la de la inexigibilidad, tanto si se entiende objetiva como subjetivamente, debilitaría el efecto preventivo-general del Derecho penal y conduciría a la desigualdad en la aplicación del Derecho, pues la "inexigibilidad" no es un criterio necesario. Además, de acuerdo con la clara sistemática de la Ley, las causas de exculpación constituyen disposiciones excepcionales que no son susceptibles de aplicación extensiva. También en situaciones difíciles de la vida la comunidad debe poder exigir obediencia jurídica aunque ello comporte para el afectado un importante sacrificio[14].

3. La **inexigibilidad** restringe la punibilidad en determinados tipos pero en estos casos no puede ser entendida como una causa supralegal de exculpación de carácter general.

---

51 (1931) pág. 466; *Schaffstein,* Nichtzumutbarkeit págs. 78 ss.; *Drost,* GA 77 (1933) págs. 175 ss.; *Maurach,* Kritik págs. 118 ss.

[13] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Achenbach,* JR 1975, pág. 492; *Blei,* Allg. Teil pág. 213; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 131; *Bloy,* Strafausschließungsgründe pág. 127; *Eser/Burkhardt,* Strafrecht I núm. 18 A núm. 53; *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 196 antes del § 32; *Henkel,* Mezger-Festschrift PÁG. 295; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar III antes del § 51; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 122 antes del § 32; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 33 núm. 15; *Roxin,* Allg. Teil I 22 núms. 139 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 603; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 10 antes del § 19; *Wessels,* Allg. Teil núm. 451; *Welzel,* Lehrbuch pág. 182. De otra opinión, sin embargo, *Nowakowski,* JBl 1972, págs. 29 ss.; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 455 (aplicación a una "situación forzada de intensidad similar", tal y como se reconoce con efectos exculpantes en el § 35); *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 477 ("aplicación analógica"); *Wittig,* JZ 1969, pág. 547 ("realización del principio constitucional nulla poena sine culpa en casos atípicos"); *Lücke,* JR 1955, págs. 55 ss. (analogía en relación con el § 242 BGB); *Jakobs,* Allg. Teil 17/74 ("incompetencia del autor para las condiciones del hecho"). Claramente en contra *Blei,* JA 1975, pág. 238; *Achenbach,* JR 1975, pág. 495.

[14] Vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,* Derecho penal pág. 644, para quienes el Ordenamiento jurídico exige en muchos casos "en contra de los intereses individuales y en benificio de la comunidad, que el individuo se sacrifique". Según *Stree,* en. *Roxin* y otros, Einführung pág. 57 el legislador debería haber admitido una atenuación de la pena o, incluso, la posibilidad facultativa de prescindir de ella. En un sistema en el que el Estado ordena la comisión de delitos graves (asesinato de judíos en un campo de exterminio) la LG Hamburg NJW 1976, pág. 1756 con comentario aprobatorio de *Hanack,* pretende aceptar una causa supralegal de atenuación de la culpabilidad en analogía con los §§ 17 inciso segundo, 35 II y 13 II.

a) De acuerdo con el § 258 V queda impune quien a través del autoencubrimiento intenta eludir su castigo. La toma en consideración de una situación similar al estado de necesidad conduce aquí al reconocimiento de una causa de exculpación especial estrechamente ligada al tipo de encubrimiento personal[15]. Quien, por el contrario, realiza un tipo deistinto (por ejemplo, estafa, falso testimonio o acusación falsa) con la finalidad de autoencubrirse no queda impune (BGH 2, 375 [378]; 15, 53 [54]). Una causa especial de exculpación es también el privilegio entre parientes contenido en el § 139 y § 258 VI[16]. En el ocasionamiento doloso de un accidente de tráfico un sector minoritario de la doctrina considera exculpable al autor por el delito consistente en huir del lugar en que aquél tuvo lugar (*Verkehersunfallflucht*) (§ 142)[17].

b) Asimismo, **en la imprudencia consciente** la jurisprudencia ha restringido a través de la idea de exigibilidad la medida del cuidado personalmente exigible al autor. Pero aquí no se trata de una causa de exculpación supralegal, sino de la limitación del deber de cuidado individual: Quien cuenta con la realización del tipo penal pero confía en poder evitar el resultado, no debe ser obligado a abstenerse de su acción si a favor de correr el riesgo hablan motivos de peso y dignos de atención[18].

Ejemplo: El autor era un cochero que había enganchado un caballo que se desbocaba regularmente bajo ciertas circunstancias conocidas por aquél, por temor a perder su empleo si contradecía a su empleador. Después de que sucediera un accidente fue absuelto pues "no se le podía exigir como deber que asumiera la pérdida de su empleo" (RG 36, 78 [80]; con el mismo criterio vid. RG 36, 78 [80]; 57, 172 [174]; 74, 195 [198]) (vid., más detalladamente, *infra* § 57 IV).

c) También en los **delitos de omisión** se restringe el deber de acción a través del principio regulativo de la exigibilidad. En la omisión del deber de socorro ello ya se deduce inmediatamente de la Ley (§ 323c), pero también en los delitos de omisión impropia la jurisprudencia ha aceptado una restricción correlativa de los deberes de acción que surgen de la posición de garante (RG 58, 97 [98]; 58, 226 [227]; BGH 6, 46 [57]) (sobre ello vid. *infra* § 59 VIII 3), o al menos la ha sopesado (BGH NStZ 1984, pág. 164)[19].

---

[15] Vid. BGH 9, 71 (73); *Dreher/Tröndle,* § 258 núm. 13; *Roxin,* Allg. Teil I § 22 núm. 134 (exclusión de la responsabilidad penal); *Schmidhäuser,* Studienbuch pág. 257; *Welzel,* Lehrbuch pág. 182.

[16] *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 210 antes del § 32; *Roxin,* Allg. Teil I § 22 núm. 135.

[17] Así, *Dreher/Tröndle,* § 142 núm. 36; *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 211 antes del §32; de otra opinión la BGH 24, 382 (385 ss.); *Schönke/Schröder/Cramer,* § 142 núm. 15.

[18] Al respecto vid. *Dreher/Tröndle,* § 15 núm. 16; *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 206 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 126 antes del § 32.

[19] Vid. *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 205 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 125 antes del § 32; *Fornasari,* Il principio di inesigibilità págs.

III. El delito cometido por una decisión adoptada en conciencia

1. La Constitución señala en su art. 4 I que "son inviolables la libertad de creencias, de conciencia y la libertad de culto religioso o ideológico". Por *decisión adoptada en conciencia* hay que entender según el Tribunal Constitucional "toda resolución moral seria, esto es, orientada a los conceptos del "bien" y del "mal" que el individuo en una situación concreta tiene internamente por vinculante e incondicionalmente obligatoria, de forma que no podría actuar en contra de ella sin grave cargo de conciencia" (BVerfGE 12, 45 [55]).

2. En el enjuiciamiento de la cuestión de si, y en qué medida, la garantía constitucional de inviolabilidad de la libertad de creencias y de culto ha tenido influencia sobre la *punibilidad* de un comportamiento que tiene su origen en una decisión adoptada en conciencia[20], requiere distinguir entre el delito cometido por omisión y el perpetrado mediante un hacer positivo:

a) En casos raros y excepcionales la jurisprudencia ha admitido la impunidad de la *omisión* (en sí misma punible) de un hacer ordenado por el legislador, sobre la base de la decisión adoptada en conciencia por parte del autor de la conducta pasiva. Y así, el Tribunal Constitucional ha anulado la condena a un marido, miembro de la asociación religiosa "Testigos de Jehová", por una omisión del deber de socorro del § 323c (delito de omisión propia). Aquél había omitido influir sobre su mujer, que pertenecía a la misma comunidad religiosa, para que tras un parto se dejase aconsejar médicamente en un hospital donde también podría recibir una transfusión. El marido se sintió vinculado, al igual que su mujer, por la doctrina de la hermandad consistente en que en tal caso "la mejor solución" es rezar a Dios. La mujer murió, pero podía haber sobrevivido con ayuda médica. El Tribunal decidió que el comportamiento del marido era en verdad digno de desaprobación, pero que "no sería reprochable al no estar justificado proceder contra el autor con el arma más grave que está a disposición de la socidad: el Derecho penal" (BVerfGE 32, 98 ss. con comentario aprobatorio de *Peters*, JZ 1972, pág. 85)[21]. Asimismo, el Tribunal Supremo no condenó por tentativa de homicidio omisiva (delito de omisión impropia) al médico que, por expreso deseo de una paciente que se encontraba gravemente herida e inconsciente tras un

251 ss., 312 ss., quien, sin embargo, en el § 323 c acepta la exclusión del tipo y en los delitos de omisión impropia la justificación.

[20] Con carácter general sobre la cuestión vid. *Bopp*, Der Gewissnstäter, 1974; *Ebert*, Der Überzeugungstäter, 1975; *Müller-Dietz*, Peters-Festschrift págs. 91 ss.

[21] En relación con ello vid. *Sproß*, Überzeugungs— und Gewissenstäter págs. 64 ss.

intento de suicidio, espera sin disponer nada hasta el comienzo de la muerte de ésta para internarla en la unidad de cuidados intensivos. Tal decisión se debió a que "la decisión médica adoptada en conciencia no puede ser considerada por el Derecho como indefendible" (BGH 32, 367 [380 ss.])[22].

La posibilidad de tener en cuenta decisiones adoptadas en conciencia ha sido defendida con frecuencia en los hechos omisivos[23]. Esta tesis es correcta porque, de hecho, no puede ser defendible forzar a alguien por medio de una amenaza penal a una acción que rechaza por ser contraria a su conciencia. Al igual que en los dos casos anteriormente expuestos, el reconocimiento de la decisión adoptada en conciencia como causa de exclusión de la pena en los hechos omisivos presupone que el *afectado* por la omisión del autor, *en cuyo beneficio se ordena la acción*, también ha *rechazado* ésta. Puesto que la corrección interna de la decisión no puede ser verificada por el tribunal[24], en otro caso también debería quedar impune quien deja morir a un accidentado inconsciente por considerar el accidente un castigo de Dios, abandonándolo así a su propio destino.

b) En *determinados* **casos de hacer positivo** *Roxin*[25] pretende ir más allá de los límites del hecho omisivo. Y así, debe quedar impune quien ante un ineludible conflicto de conciencia, y a pesar de lo dispuesto en el § 216, mata a un enfermo que padece graves sufrimientos por la petición seria y expresa del mismo. Lo mismo debe regir para alguien que, inevitablemente impedido para acudir a tiempo a un servicio religioso incondicionalmente prescrito por sus creencias, utiliza una bicicleta o un vehículo de motor ajeno con infracción del § 248 b. Igualmente es aceptada la impunidad si alguien se siente internamente coaccionado u obligado a traicionar un secreto. Sin embargo, debe ser rechazada la extensión de la decisión adoptada en conciencia a los delitos que han sido cometidos mediante un hacer positivo[26], pues de esta manera la protección del ciudadano por el Derecho penal estaría en gran medida puesta a disposición del autor que actúa según su conciencia. No obstante, el art. 4 GG no ha de entenderse en el sentido de la anulación parcial del Ordenamiento penal.

---

[22] Parcialmente crítico al respecto, *R. Schmitt*, JZ 1985, págs. 367 ss.; vid., además, *el mismo*, JZ 1984, pág. 866.

[23] Así, *Arndt*, NJW 1966, págs. 2204 ss.; *Peters*, JZ 1972, págs. 85 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 119 ss. antes del § 32.

[24] *Böckenförde*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit págs. 69 ss.

[25] *Roxin*, Maihofer-Festschrift pág. 394; *el mismo*, Allg. Teil I § 22 núm. 106. Asimismo, *Maunz/Dürig*, Art. 4 GG núm. 140; *Rudolphi*, Welzel-Festschrift págs. 628 ss.

[26] Asimismo, *Bockelmann*, Welzel-Festschrift pág. 543; *Heinitz*, ZStW 78 (1966) pág. 632; *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 222 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 119 antes del § 32.

§ 48 El error sobre las causas de exculpación

Brauneck, Der strafrechtliche Schuldbegriff, GA 1959, pág. 261; *Dreher,* Anmerkung zu OLG Köln vom 19.10.1961, MDR 1962, pág. 592; *Frank,* Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Gießener Festschrift, 1907, pág. 3; *Goldschmidt,* Der Notstand ein Schuldproblem, Österr. Zeitschrift f. Strafrecht 1913, pág. 129; *Hegler,* Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 184; *Henkel,* Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht, 1932; *Arthur Kaufmann,* Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, ZStW 76 (1964) pág. 543; *Klimsch,* Die dogmatische Behandlung des Irrtums über Entschuldigungsgründe usw., 1993; *Krümpelmann,* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, en: ZStW Beiheft Budapest, 1978, pág. 6; *Küper,* Die dämonische Macht des "Katzenkönigs" usw., JZ 1989, pág. 617; *Niese,* Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, JZ 1955, pág. 320; *Radbruch,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 158; *Roxin,* Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964) pág. 582; *Schröder,* Die Notstandsregelung des Entwurfs 1959 II, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 290; *Vogler,* Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA 1969, pág. 103; *Welzel,* Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht usw., ZStW 67 (1955) pág. 198.

I. Naturaleza jurídica del error sobre las causas de exculpación

1. Al igual que con el error sobre las causas de justificación (vid. *supra* § 41 III) aquí también hay que distinguir entre tres casos. La creencia de que concurre una causa de exculpación no reconocida por el Derecho penal **(error sobre su existencia)** tiene tan poca influencia sobre la culpabilidad del autor como la ampliación errónea de sus márgenes **(error sobre sus límites)**, pues sólo el legislador puede decidir en qué casos no cabe formular un reproche culpabilístico en atención a una reducción sustancial del contenido de injusto y de culpabilidad del hecho[1].

Ejemplos: Homicidio de un pariente enfermo mental cuyo cuidado agobia intensamente a la familia, apelando a "la causa de exculpación supralegal de la inexigibilidad". Deserción de un soldado para evitar los inconvenientes económicos del reclutamiento para el servicio militar (OLG Hamm NJW 1976, pág. 721).

2. Relevante es, por el contrario, el **error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exculpación reconocida legalmente**. Tal y como evidencia

[1] *Dreher/Tröndle,* § 35 núm. 17; *Kühl,* Allg. Teil § 13 núm. 85; *LK (11.ª) (Hirsch)* § 35 núms. 75 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 35 núm. 45; *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 19; *Wessels,* Allg. Teil núm. 491.

la regulación del error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad exculpante en el § 35 II (vid. *supra* § 44 V 1), no se trata aquí ni de un error de tipo ni de prohibición, sino de un **error *sui generis***[2].

Ejemplos: La testigo comete perjurio en beneficio del acusado que la ha determinado a ello mediante una amenaza de muerte; sin embargo, el peligro no era actual pues el acusado, en caso de que aquélla hubiera hecho una declaración veraz, habría permanecido en prisión, algo que esta última no pudo saber (BGH 5, 371 [374]). El autor que realiza un disparo mortal por creer erróneamente que de lo contrario él mismo sería tiroteado por un tercero (RG 64, 31 [32]). El médico que encontrándose en una fiesta de su asociación recibe una llamada telefónica en la que se le comunica que su hijo está gravemente enfermo y en peligro de muerte, poniéndose al volante de un coche aún no estando capacitado para conducir y sin caer en la cuenta de que podía haber llamado un taxi (OLG Hamm VRS 14, pág. 431). En virtud de la orden de un oficial, al que erróneamente considera su superior, un soldado detiene a un extranjero en un restaurante que se interesaba de forma notoria por asuntos del ejército federal (§ 5 WStG).

II. El tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de exculpación

1. El error **invencible** sobre los presupuestos de una causa de exculpación prevista legalmente disculpa al autor porque subjetivamente éste actúa bajo las mismas condiciones que en el caso de que realmente hubiera concurrido la situación correspondiente a aquélla. Actúa con voluntad de auxilio o, en su caso, de obediencia con lo que el injusto de acción se encuentra disminuido; también la formación de su voluntad se encuentra bajo la plena influencia de su creencia en la situación de presión o en el deber de obediencia frente al superior. De ahí que tampoco la actitud jurídica interna que exterioriza sea más reprobable que en el supuesto de que realmente hubiera existido la situación erróneamente aceptada. Esta concepción, que ya venía siendo claramente defendida con anterioridad por la jurisprudencia (RG 66, 222 [227]; OLG Hamm VRS 14, 231 [234]) y la doctrina[3], ha encontrado reconocimiento legal en el § 35 II 1 a través de la reforma penal operada en 1975 (vid. *supra* § 44 V 1a).

---

[2] También el error sobre los elementos del tipo de la culpabilidad (vid. *supra* § 42 III 1) y el que recae sobre la situación defensiva en el exceso de la legítima defensa (exceso en la legítima defensa putativa)(vid. *supra* § 42 III 1), siguen sus propias reglas.

[3] Vid. *Frank*, Aufbau p. 19; *Goldschmidt*, österr. Zeitschrift f. Strafrecht 1913, págs. 136, 166 ss.; *Hegler*, ZStW 36 (1915) p. 216 nota a pie núm. 113; *Olshausen*, § 52 comentario núm. 6; *Radbruch*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 166; *v. Liszt/Schmidt*, págs. 288 ss.; *LK(9.ª) (Baldus)*

2. Hasta entonces fue discutida la cuestión de cómo habría de ser tratado el error **vencible** sobre los presupuestos de una causa de justificación (vid. la 2.ª ed. de esta obra págs. 382 ss.).

Una parte de la doctrina[4] y la jurisprudencia (entre las últimas, BGH 18, 311 [312]) aplicaron la pena del delito imprudente en atención al parecido con el error sobre el tipo permisivo. De este modo, el testigo que cometió perjurio por miedo claramente infundado a las actividades violentas de sus adversarios políticos, fue castigado sólo por un falso testimonio imprudente (§ 163) (RG 66, 222 [227]); asimismo, sólo pudo ser castigado por homicidio imprudente (§ 222) el vigilante de un campo de concentración que por indiferencia no se le ocurrió ninguna salida sobre cómo poder evitar la orden de cometer un asesinato que le fue comunicada (BGH 18, 311 [312]).

Por el contrario, para el caso de error vencible sobre los presupuestos de un estado de necesidad exculpante (vid. supra § 44 V 1b), el Derecho vigente prevé en el § 35 II la aplicación de la **pena correspondiente al tipo doloso** como solución más rigurosa (con otro criterio, el § 10 II 2 österr. StGB opta por la vía de la imprudencia) que ya había sido defendida anteriormente por una parte de la literatura[5]. De acuerdo con ello, hay que aplicar la conminación penal dolosa pero a causa del menor contenido de culpabilidad en comparación con un caso ordinario la pena es atenuada de acuerdo con el § 49 I.

3. La regulación del § 35 II, como reconocimiento legal de la solución aplicable al problema del tratamiento del error vencible sobre los presupuestos de una causa de exculpación, es llevada más allá del estado de necesidad y aplicada de modo correlativo a otros casos[6].

---

§ 52 núm. 25; § 54 núm. 22; *LK(9.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 169 antes del § 51; *Arthur Kaufmann,* ZStW 76 (1964) págs. 577 ss.; *Niese,* JZ 1953, pág. 323; *Roxin,* ZStW 76 (1964) págs. 609 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 624; *Vogler,* GA 1969, pág. 116; *Welzel,* Lehrbuch pág. 182. Asimismo, *Roxin,* Allg. Teil I § 22 núm. 59, quien sin embargo atribuye la impunidad consideraciones de tipo preventivo.

[4] Así, *Baumann,* Allg. Teil, 5.ª ed. págs. 412 ss.; *Brauneck,* GA 1959, pág. 270; *Dreher,* MDR 1962, pág. 593; *Kohlrausch/Lange,* § 52 comentario V; *Henkel,* Notstand págs. 135 ss.; *Roxin,* ZStW 76 (1964) pág. 612; *Schröder,* Eb. Schmidt-Festschrift pág. 297.

[5] Así, *Arthur Kaufmann,* ZStW 76 (1964) pág. 578; *v. Liszt/Schmidt,* págs. 288 ss.; *LK (9.ª) (Baldus)* § 52 núm. 26; § 54 núm. 21; *LK (9.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 169 antes del § 51; *LK (9.ª) (Schroeder)* § 59 núm. 68; *Maurach,* Allg. Teil, 4.ª ed. pág. 480; *Stratenwerth,* Allg. Teil I, 1.ª ed. núm. 660; *Welzel,* Lehrbuch pág. 182 y ZStW 67 (1955) págs. 222 ss.; *Vogler,* GA 1969, pág. 116; en esta dirección también BGH GA 1967,113 (114); BGH NJW 1952, pág. 111.

[6] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 446; *LK (11.ª) (Hirsch)* § 35 núm. 79; *Eser/Burkhardt,* Strafrecht I núm. 18 A núm. 44; *Klimsch,* Die dogmatische Behandlung des Irrtums págs. 169 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 13 núm. 84; *Küper,* JZ 1989, págs. 626 ss.; *Krümpelmann,* ZStW Beiheft Budapest 1978 págs. 53 ss.; *Schölz/Lingens,* § 5 WStG núm. 3; *Schönke/Schröder/Cramer,*

Ejemplos: El soldado acepta erróneamente la existencia de una orden, cree que quien le manda es su superior jerárquico, estima equivocadamente que se encuentra de servicio o que se le exige obediencia (§ 5 WStG). En el caso de una colisión de deberes cuando el autor supone erróneamente que la situación de conflicto no tiene salida porque, por ejemplo, desconoce la capacidad del paciente que todavía existe para poder ser transportado (vid. *supra* § 47 I 2).

Sección 3.ª: Los grados del delito doloso

Las disposiciones penales de la Parte Especial describen regularmente el delito en su fase de consumación. De este modo surge la cuestión de si los grados anteriores a la consumación del hecho doloso permanecen impunes o si se encuentran comprendidos por las conminaciones penales formuladas para la consumación del delito. Existen *distintos grados*: desde la primera idea del hecho hasta su conclusión, la acción dolosa recorre un camino más o menos largo (iter criminis) que va desde la concepción de la resolución delictiva hasta la terminación del hecho pasando por la preparación, el comienzo de la ejecución, la conclusión de la acción típica y el acaecimiento del resultado. El acaecimiento de la consumación del delito anudado a la realización de la totalidad de los elementos del tipo desencadena la plena aplicación de la conminación legal. El simple pensamiento, por el contrario, no es nunca punible (vid. *supra* § 23 VI 2d) y la resolución delictiva manifestada lo es tan sólo de acuerdo con el § 30 II ("declararse dispuesto" a la comisión de un delito grave). Entre estos límites se plantea la cuestión relativa a la punibilidad de la acción preparatoria y de la tentativa.

§ 49 Concepto, tipo y punición de la tentativa

P. Albrecht, Der untaugliche Versuch, 1973; *Alwart,* Strafwürdiges Versuchen, 1982; *Arzt,* Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, pág. 54; *J. Baumgarten,* Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888; *Becher,* Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, Diss. Münster 1973; *Berz,* Grundlagen des Versuchsbeginns, Jura 1984, pág. 511; *el mismo,* Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, 1986; *el mismo,* Die entsprechende Anwendung von Vorschriften über die tätige Reue am Beispiel der Unternehmensdelikte, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 331; *Bitzilekis,* Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung, ZStW 99 (1987) pág. 723; *Blei,* Versuch und Rücktritt nach

§ 16 núm. 31; *Wessels,* Allg. Teil núm. 491. Restringidamente en relación con el alcance del § 35 II *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 470.

neuem Recht, JA 1975, págs. 95, 167; *Bloy,* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs-und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Bockelmann,* Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat, NJW 1951, pág. 620; *Börker,* Die Milderung der Strafe für den Versuch, JZ 1956, pág. 477; *Bruns,* Die Tragweite des Verbots der Doppelverwertung von Strafmilderungsgründen, JR 1980, pág. 226; *Burgstaller,* Über den Verbrechensversuch, JBl 1969, 521; *el mismo,* Versuch und Rücktritt, Strafr. Probleme 3, 1975, pág. 7; *el mismo,* Der Versuch nach § 15 StGB, JBl 1976, pág. 113; *v. Buri,* Zur Lehre vom Versuche, GS 19 (1867) pág. 60; *el mismo,* Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objekt, GS 20 (1868) pág. 325; *el mismo,* Versuch und Causalität, GS 32 (1880) pág. 321; *Burkhardt,* Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen, JZ 1971, pág. 352; *el mismo,* Vorspiegelung von Tatsachen als Vorberiitungshandlung zum Betrug, JuS 1983, pág. 426; *Coester,* Die Vorbereitungshandlung im E 1927, Strafr. Abh. Heft 329, 1933; *Degener,* Strafgesetzliche Regelbeispiele und deliktisches Versuchen, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 305; *Delaquis,* Der untaugliche Versuch, 1904; *Graf zu Dohna,* Der Mangel am Tatbestand, Festgabe für K. Güterbock, 1910, pág. 35; *Dreher,* Was bedeutet Milderung der Strafe für den Versuch? JZ 1956, pág. 682; *el mismo,* Doppelverwertung von Strafzumessungsumständen, JZ 1957, pág. 155; *el mismo,* Gedanken zur Strafzumessung, JZ 1968, pág. 209; *Engisch,* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; *Fiedler,* Vorhaben und Versuch im Strafrecht, 1967; *Frank,* Vollendung und Versuch, VDA, Tomo V, 1908, pág. 163; *Frisch,* Die Strafrahmenmilderung beim Versuch, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 381; *Fuchs,* Probleme des Deliktsversuchs, ÖJZ 1986, pág. 257; *Furtner,* Rechtliche Vollendung und tatsächliche Beendigung bel einer Straftat, JR 1966, pág. 169; *Gallas,* Anmerkung zu RG vom 22.4.1937, ZAK 1937, pág. 437; *Geilen,* Raub und Erpressung, Jura 1979, pág. 53 m. Forts.; *v. Gemmingen,* Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, Strafr. Abh. Heft 306, 1932; *Germann,* Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, 1914; *Gössel,* Über die Vollendung des Diebstahls, ZStW 85 (1973) pág. 591; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 26, 201, JR 1976, pág. 249; *Grolmann,* Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 1798; *Hall,* Über das Mißlingen, Festschrift für E. Wolf, 1962, pág. 454; *Hau,* Die Beendigung der Straftat und Ihre rechtlichen Wirkungen, 1974; *Herzberg,* Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, pág. 89; *el mismo,* Täterschaft und Teilnahme, 1977; *Hettinger,* Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1982; *Hillenkamp,* Anmerkung zu OLG Hamm MDR 1976, pág. 155, MDR 1977, pág. 242; *Reinhard v.* Hippel, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966; *Hirsch,* Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972, pág. 65; *Hold v. Ferneck,* Der Versuch, 1922; *Horn,* Der Versuch, ZStW 20 (1900) pág. 309; *Horstkotte,* Zusammentreffen von Milderungsgründen (§ 50 StGB), Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 265; *Hruschka,* Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung, GA 1968, pág. 193; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 22, 227, JZ 1969, pág. 607; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 31, 105, JZ 1983, pág. 216; *Isenbeck,* Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW

1965, pág. 2326; *Jescheck,* Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 683; *el mismo,* Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen, ZStW 99 (1987) pág. 111; *Armin Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo,* Die Dogmatik im Alternativentwurf, ZStW 80 (1968) pág. 34; *Klein,* Grundsätze des gemeinen peinlichen Rechts, 2.ª ed. 1799; *Kleinschrod,* Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, Teil I, 1794; *Koch,* Der Rücktritt vom formen vollendeten Delikt, Strafr. Abh. Heft 398, 1939; *Kölz-Ott,* Eventualvorsatz und Versuch, 1974; *Kratzsch,* Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel usw., JA 1983, págs. 420, 578; *el mismo,* Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985; *Krug,* Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1854; *Kühl,* Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974; *el mismo,* Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch usw., JuS 1979, pág. 718 y 1980, pág. 120 m. Forts.; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 31, 105, JR 1983, pág. 425; *Küper,* Versuch und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, pág. 775; *el mismo,* Grenzfragen der Unfallflucht, JZ 1981, pág. 251; *el mismo,* Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, NJW 1984, pág. 777; *Lampe,* Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz? NJW 1958, pág. 332; *el mismo,* "Teilverwirklichung" des Tatbetandes: ein Kriterium des Versuchs? JZ 1992, pág. 338 (zu BGH 37, 294); *Lange,* Strafrechtsreform, 1972; *Laubenthal,* Der Versuch des qualifizierten Delikts usw., JZ 1987, pág. 1065; *Lehmann,* Die Bestrafung des Versuchs nach deutschem und amerikanischem Recht, 1962; *Less,* Genügt "bedingtes Wollen" zum strafbaren Verbrechensversuch? GA 1956, pág. 33; *E. V. Liszt,* Die Lehre vom Versuch, ZStW 25 (1905) pág. 24; *Luden,* Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht, Tomo I 1836; *Maurach,* Fragen der actio libera in causa, JuS 1961, pág. 373; *H. Mayer,* Zur Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitungshandlung, SJZ 1949, pág. 172; *D. Meyer,* Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch usw., JuS 1977, 19; *J. Meyer,* Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 (1975) pág. 598; *Mezger,* Anmerkung zu BGH vom 20.12.1951, NJW 1952, pág. 514; *Mittermater,* Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts I (1816) pág. 165; *el mismo,* Über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen, Neues Archiv des Criminalrechts II (1818) pág. 602; *el mismo,* Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung usw., GS 11 (1859) pág. 197; *Nagler,* Die Neuordnung der Strafbarkeit von Versuch und Beihilfe, GS 115 (1941) pág. 24; *Noll,* Strafrecht im Übergang, GA 1970, pág. 176; *Oehler,* Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957) pág. 503; *el mismo,* Das objektive Zweckmoment in der rechtswedrigen Handlung, 1959; *Otto,* Schadenseintritt und Verjährungsbeginn, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 715; *Paeffgen,* Die erfolgsqualifizierten Delikte – eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Dellktsgruppe? JZ 1989, pág. 220; *Papageorgiou-Gonatas,* Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch? 1988; *Platzgummer,* Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfes usw., JBl 1971, pág. 236; *Puppe,* Grundzüge der actio libera in causa, JuS 1980, pág. 346;

Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *Roeder*, Der Allgemeine Teil des österr. StG-Entwurfes, 1965; *el mismo*, Die Erscheinungsformen des Verbrechens, 1953; *Roxin*, Der Anfang des beendeten Versuchs, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 213; *el mismo*, Über den Tatentschluß, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 145; *el mismo*, Tatentschluß und Anfang der Ausführung, JuS 1979, pág. 1; *Roxin/Schünemann/Haffke*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4.ª ed. 1982; *Rudolphi*, Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch, JuS 1973, pág. 20; *el mismo*, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Belhllfe, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 559; *Salm*, Das versuchte Verbrechen, 1957; *Sauermann*, Der Versuch als "delictum sui generis", Strafr. Abh. Heft 227, 1927; *W. Schmid*, "Bedingter Handlungswille" beim Versuch usw., ZStW 74 (1962) pág. 48; *R. Schmidt*, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2.ª ed. 1931; *Schmidt-Hieber*, Irrtum und Versuch, en: *Müller-Gugenberger* (ed.), Wirtschaftsstrafrecht, 2.ª ed. 1992, § 8; *R. Schmitt*, Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen, JuS 1961, pág. 25; *el mismo*, Vorsätzliche Tötung und vorsätzliche Körperverletzung, JZ 1962, pág. 389; *Schmoller*, Ist die versuchte Herbeiführung einer qualifizierenden Folge strafbar? JBl 1984, pág. 654; *Schröder*, Die Unternehmensdelikte, Festschrift für E. Kern, 1968, pág. 457; *Schünemann*, Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform, GA 1986, pág. 293; *Seeger*, Über die Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des Mittelalters, 1869; *Seiler*, Neue Wege in der Strafrechtsreform, JBl 1969, pág. 113; *Spendel*, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW 65 (1953) pág. 519; *el mismo*, Kritik der subjektiven Versuchstheorie, NJW 1965, pág. 1881; *el mismo*, Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, Festschrift für U. Stock, 1966, pág. 89; *el mismo*, Zur Kritik der subjektiven Versuchs und Teilnahmetheorie, JuS 1969, pág. 314; *Spotowski*, Erscheinungsformen der Straftat im deutschen und polnischen Recht, 1979; *Stratenwerth*, Anmerkung zu OLG Hamm vom 23.5.1960, JZ 1961, pág. 95; *el mismo*, Die fakultative Strafmilderung beim Versuch, Festgabe zum Schweiz. Juristentag, 1963, pág. 247; *Stree*, Zur Auslegung der §§ 224, 226 StGB, GA 1960, pág. 289; *el mismo*, Beginn des Versuchs bei qualifizierten Straftaten, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 179; *Struensee*, Versuch und Vorsatz, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1989, pág. 523; *Thomsen*, Über den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, 1895; *Tiedemann*, Der Versuch der Zweckentfremdung im Steuerstrafrecht, JR 1973, pág. 412; *el mismo*, Bekämpfung der Wirtschaftskrlmlnalität, Gutachten C zum 49. DJT, 1972; *Timpe*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils usw., 1983; *Tittmann*, Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, Teil I, 1806; *Treplin*, Der Versuch, ZStW 76 (1964) pág. 441; *Ulsenheimer*, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1966, pág. 257; *Veling*, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, 1991; *Vogler*, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, ZStW 98 (1986) pág. 331; *el mismo*, Der Beginn des Versuchs, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 285; *Waiblinger*, Die Abgrenzung des strafbaren Versuchs usw., SchwZStr 72 (1957) pág. 121; *el mismo*, Subjektivismus und Objektivismus in der neueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch, ZStW 69 (1957) pág. 189; *Waider*,

Strafbare Versuchshandlungen der Jagdwilderei, GA 1962, pág. 176; *Walder,* Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch, SchwZStr 99 (1982) pág. 225; *el mismo,* Strafrechtsdogmatik und Kriminologie usw., Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 537; *Weber,* Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes usw., ZStW Beiheft Göttingen, 1987, pág. 1; *Weigend,* Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre, en: *Hirsch/Weigend* (edrs.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pág. 113; *Wessels,* Zur Problematik der Regelbeispiele usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 295; *el mismo,* Zur Indizwirkung der Regelbeispiele usw., Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 423; *Zachariä,* Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Teil I, 1836, Teil II, 1839; *Zaczyk,* Das Unrecht der versuchten Tat, 1989; *Zielinski,* Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; ZStW Beiheft Göttingen, 1987, Zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs-und Unternehmensdelikte (con numerosas contribuciones).

I. Panorámica de la historia dogmática de la tentativa

Mientras que el Derecho germánico sólo conocía determinados casos típicos de tentativa (verbigracia, acechar a alguien o desenvainar la espada), aunque en parte también, sobre todo en la tentativa de homicidio, estableció reglas muy amplias[7], la CCC en su art. 178 contenía ya una definición general de tentativa que, sobre la base de la doctrina penal italiana medieval[8], poseía un alto rango científico y fue dominante hasta entrado el siglo XIX[9]. La tentativa era aquí situada junto a la consumación como una forma especial del delito, venía determinada tanto subjetiva como objetivamente por los requisitos del dolo y del comienzo de la ejecución y, con ello, simultáneamente, delimitada frente a la acción preparatoria. La pena de la tentativa es atenuada adecuadamente y el desistimiento es recogido como un elemento negativo en la definición de aquélla[10]. La Ciencia penal del siglo XIX dedicó buena parte de sus esfuerzos al problema de la inclusión de las acciones preparatorias en la tentativa punible y a las cuestiones vinculadas con la tentativa inidónea. Las respuestas eran diversas en función de si el fundamento punitivo de la tentativa era visto en la voluntad criminal del autor (como hacía la CCC) o en la puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tipo. Mientras que con bastante frecuencia la antigua doctrina aceptaba la punibilidad de los actos preparatorios[11], posteriormente, bajo la influencia del pensamiento liberal de la división de poderes, acabó

[7] Vid. *v. Hippel,* Tomo I pág. 118; *Wilda,* Strafrecht der Germanen págs. 598 ss.

[8] Sobre ello vid. *Seeger,* Über die Ausbildung der Lehre vom Versuch, 1869.

[9] Una completa exposición y valoración puede encontrarse en *J. Baumgarten,* Die Lehre vom Versuche págs. 109 ss.

[10] Acerca de la historia del desistimiento vid. *Bloy,* Die dogmatische Bedeutung págs. 147 ss.

[11] Así, *Klein,* Grundsätze pág. 124; *Kleinschrod,* Grundbegriffe Teil I págs. 63 ss.; *Tittmann,* Handbuch Teil I págs. 268 ss.; *Grolmann,* Grundsätze pág. 39; *Feuerbach,* Lehrbuch 4.ª ed. pág. 44.

imponiéndose la concepción opuesta[1]. En la controversia relativa a la punibilidad de la tentativa inidónea a comienzos del siglo XIX ya estaban enfrentadas entre sí una dirección objetiva [2] y otra subjetiva[3]. La primera negaba su punibilidad y la segunda la afirmaba con ciertas restricciones. Apoyándose en el art. 2 del Código penal francés de 1810, el StGB prusiano de 1851 acogió la línea restrictiva: el § 31 excluyó la punibilidad tanto de las acciones preparatorias como de la tentativa absolutamente inidónea[4]. También la jurisprudencia siguió al principio esta dirección[5]. A pesar de que el § 43 RStGB acogió casi literalmente la regulación del Derecho prusiano, el RG cambió de parecer situándose en la concepción opuesta por la influencia de la teoría de *v. Buri*[6] (RG 1, 439 [441]: punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea; RG 51, 341 [343]; 59, 1: extensión de la tentativa a ciertas acciones preparatorias).

II. El fundamento de la tentativa

El merecimiento de pena de la tentativa puede fundamentarse de distinto modo.

1. De acuerdo con la *doctrina clásica*[7] el fundamento reside sólo en la **puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tipo** (*teoría objetiva*). Dado

---

[1] Así, *Mittermater,* Neues Archiv des Criminalrechts I (1816) pág. 168; *el mismo,* Neues Archiv des Criminalrechts II (1818) pág. 605; *Zachariä,* Die Lehre vom Versuche Parte I pág. 202; *Luden,* Abhandlungen Tomo I pág. 305; *Krug,* Versuch págs. 16 ss.; con una posición intermedia, *Köstlin,* System pág. 233. Esta es la posición que hoy día siguen la mayoría de los Ordenamientos jurídicos; vid. *Jescheck,* ZStW 99 (1987) pág. 115.

[2] Así, *Feuerbach,* Lehrbuch 4.ª ed. pág. 43; *Zachariä,* Die Lehre vom Versuche Teil I pág. 239.

[3] Vid. *Tittmann,* Handbuch Teil I pág. 267; *Grolmann,* Grundsätze pág. 39; con una visión intermedia *Mittermaier,* Neues Archiv des Criminalrechts I (1816) págs. 183 ss. y GS 11 (1859) págs. 209 ss., quien introdujo aquí ya la distinción entre los medios absolutos y relativamente inidóneos.

[4] Vid. *Goltdammer,* Materialen Tomo I págs. 245, 248 y 272.

[5] Preuß Obertribunal GA 1854, págs. 548 y 822 ss.; Archiv des Criminalrechts 1854, pág. 498.

[6] *v. Buri,* GS 19 (1867) págs. 71 ss.; *el mismo,* GS 20 (1868) págs. 325 ss.; *el mismo,* GS 32 (1880) págs. 357ss.

[7] Así, sobre todo, *Feuerbach,* Lehrbuch 4.ª ed. pág. 43; *Berner,* Lehrbuch págs. 153 ss.; *Frank,* VDA Tomo V pág. 249; *Gerland,* Lehrbuch pág. 713; *v. Hippel,* Tomo II págs. 403 ss.; *Hold v. Ferneck,* Der Versuch pág. 13; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 302; *Olshausen,* § 43 comentario núm. 2a; *Richard Schmzit,* Grundriß des deutschen Strafrechts pág. 173; *Wegner,* Strafrecht pág. 222. Esta teoría puramente objetiva es defendida actualmente por *Reinhard v. Hippel,* Untersuchungen pág. 26; *Spendel,* ZStW 65 (1953) pág. 522; *el mismo,* NJW 1965, pág. 1888; *el mismo,* Stock-Festschrift págs. 98 ss.; *el mismo,* JuS 1969, págs. 314 ss.; *Dicke,* JuS 1968, pág. 157; *Treplin,* ZStW 76 (1964) pág. 447. Una variante de la teoría objetiva es la teoría "de la ausencia del tipo"

que en todos los grados del hecho (preparación, ejecución, consumación) el dolo es por naturaleza el mismo, la delimitación de la tentativa frente a la acción preparatoria es buscada en la zona *objetiva*. Según ello, el fundamento jurídico de la punibilidad de la tentativa no reside en la voluntad del autor sino en el peligro cercano de realización del resultado típico. Por consiguiente, la tentativa es castigada a causa de la alta probabilidad del acaecimiento del *injusto de resultado*. Dado que, básicamente, esa probabilidad es afirmada ya con el comienzo de la ejecución y sólo ante la concurrencia de la idoneidad de la acción, la *teoría objetiva* conduce a una restricción de la punibilidad a la tentativa frente a la acción preparatoria y al rechazo de la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea. Asimismo, por la falta del injusto de resultado a través de la teoría objetiva se llega a la atenuación obligatoria de la pena.

Ejemplos: Con el propio envío de la carta amenazante a la víctima de una extorsión comienza la tentativa pues es en ese punto donde se origina la puesta en peligro para el patrimonio de aquélla (RG 30, 98 [99]). El hecho de empuñar una pistola que ya está cargada pero que todavía tiene el seguro puesto es sólo tentativa de asesinato si el autor se propone disparar inmediatamente (RG 68, 339 [340]). Además, no constituye tentativa de robo la entrada en una habitación en la que no se encuentra en absoluto la cosa que se pretendía sustraer aunque el autor suponga que ésta se encontraba allí (Preuß. Obertribunal GA 1854, pág. 548).

La **teoría puramente objetiva** está en la actualidad **superada** pues, junto al comienzo de la realización del tipo por parte del autor, el § 22 recurre a "su idea del hecho", y el § 23 III parte de la punibilidad de la tentativa inidónea[8].

2. Según la opinión mayoritaria el fundamento de la tentativa radica en **la voluntad contraria al Derecho que se pone en acción** (*teoría objetivo-subjetiva*)[9]. Lo decisivo no es, en consecuencia, la puesta en peligro material del objeto de

(así, sobre todo, *Graf zu Dohna,* Güterbock-Festgabe págs. 35 ss. y Verbrechenslehre págs. 56 ss.; *Frank,* § 43 comentario núm. 1; *Rittler,* Tomo I pág. 256), según la cual únicamente es aceptable la tentativa cuando falta el resultado y, con él, "la pieza final del tipo".

[8] Vid. *Lackner,* § 22 núm. 11; *LK(10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 45 antes del § 22; *Schönke/Schröder/Eser,* nota preliminar núm. 20 antes del § 22; *Kühl,* JuS 1980, pág. 507.

[9] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 470; *Dreher/Tröndle,* § 22 núm. 24; *Delaquis,* Der untaugliche Versuch págs. 204 ss.; *Germann,* Strafbarkeit des Versuchs págs. 147 ss.; *el mismo,* Das Verbrechen pág. 63; *Kühl,* Allg. Teil § 15 núm. 39; *Lackner,* § 22 núm. 11; *LK(9.ª) (Busch)* § 43 núm. 1; *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 278; *Otto,* Grundkurs págs. 223 ss. (con una postura conciliadora); *Preisendanz,* § 22 comentario núm. 1; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 592; *Welzel,* Lehrbuch págs. 192 ss. Vid. también BT-Drucksache V/4095 pág. 11. Acerca del avance de la teoría subjetiva vid. *Weigend,* Entwicklung págs. 118 ss.

la acción que se protege, sino el *injusto de acción* que se realiza a través la puesta en marcha del dolo. Pero esta tesis debe ser diferenciada de la teoría *puramente subjetiva*. Ésta conduce hacia una extensión del ámbito de la tentativa punible a costa de la acción preparatoria, al reconocimiento de la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea y, por principio, a la equiparación en el castigo de la tentativa y la consumación pues la voluntad hostil al Derecho es en ambos casos la misma. La anterior jurisprudencia, sobre la base de la teoría puramente subjetiva, extendió ampliamente la punibilidad al ámbito previo del tipo.

Ejemplos: La elaboración de un certificado falso que posteriormente debe emplearse con una finalidad engañosa es ya tentativa de estafa (RG 51, 341 [343]). La utilización de un medio abortivo inidóneo es asimismo tentativa de aborto (RG 1, 439 [441]), así como la acción dirigida a cometer dicho delito en una mujer no embarazada (RG 8, 198 [203]). El coautor que, descuidadamente, pero en el marco del plan delictivo, dispara sobre otro coautor es punible por una tentativa de homicidio (BGH 11, 268 [271]).

La **teoría puramente subjetiva** es ya, hoy por hoy, **insostenible**, pues el momento objetivo de la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo fue introducida en el § 22 para oponer resistencia al desbordamiento de la punibilidad de la tentativa originado por la teoría subjetiva, y porque el § 23 III posibilita prescindir de la pena en el caso de una tentativa completamente irracional[10].

3. Una tercera teoría (intermedia) parte, ciertamente, de la teoría objetivo-subjetiva pero une a ésta un elemento adicional que debe fundamentar el merecimiento de pena de la tentativa. De acuerdo con esta vía, la voluntad puesta en marcha frente a la norma de comportamiento es verdaderamente fundamento de la tentativa; sin embargo, el merecimiento de pena de la acción dirigida al hecho sólo es afirmado si con ésta se ve afectada la confianza de la colectividad en la validez del Ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica, pudiendose menoscabar así la paz jurídica **(teoría de la impresión)**[11]. El merecimiento

[10] Vid. *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) pág. 29; *Roxin*, Einführung pág. 15.

[11] Así, *v. Bar*, Gesetz und Schuld Tomo II págs. 488 ss., 532 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 232; *Burgstaller*, JBl 1969, págs. 529 ss.; *Eser*, Strafrecht II núm. 31 A núm. 34; *Grünwald*, Welzel-Festschrift pág. 712; *v. Gemmingen*, Die Rechtswidrigkeit des Versuchs págs. 160 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 40 núms. 40 ss.; *LK(Vogler)* nota preliminar núm. 52 antes del § 22; *Mezger*, Lehrbuch pág. 397; *J. Meyer*, ZStW 87 (1975) pág. 604; *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze págs. 209 ss.; *Roxin*, JuS 1979, pág. 1; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 23 antes del § 22; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 13antes del § 22; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 657; *Salm*, Das versuchte Verbrechen págs. 103 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 594; *Schünemann*, GA 1986, pág. 311. Con anterioridad ya, *Horn*, ZStW 20 (1900) pág. 597. Un resumen de esta teoría se encuentra en *Berz*, Formelle Tatbestandsverwirklichung págs. 39 ss. En contra de la teoría de la impresión *Kühl*, Allg. Teil § 15 nüms. 40 ss.

de pena de la tentativa también es basado sobre la *peligrosidad del autor* con lo que se destaca que la puesta en peligro del objeto de la acción protegido reside en su voluntad del hecho **(teoría del autor)**[12]. **Otras teorías** también combinan de forma diversa elementos objetivos y subjetivos de la tentativa[13]. Las *teorías intermedias* conducen a una combinación de criterios objetivos y subjetivos en la delimitación entre preparación y tentativa, a la impunidad de la tentativa completamente irracional y a una atenuación facultativa de la pena.

Ejemplos: Los esfuerzos destinados a conseguir un médico capaz de llevar a cabo un aborto deben ser considerados todavía como actos preparatorios (BGH 4, 17 [18]); lo mismo cabe decir de aquellos que tienen por finalidad la búsqueda de un cómplice (de otro criterio la RG 33, 321 [323]). Por el contrario, fue ya afirmado un robo en grado de tentativa el caso en el que el autor sólo hace girar las ruedas de un coche aparcado para comprobar si el volante estaba bloqueado, porque iba a ser sustraído inmediatamente al considerar que el coche hallado era el idóneo (BGH 22, 80). Ninguna tentativa existe todavía en quien, habiendo resuelto cometer un homicidio, llama a la puerta de la casa pero debe recorrer todavía el camino hasta la puerta de la vivienda de la víctima y allí tener que serle permitida la entrada (BGH StV 1984, pág. 420). La aproximación al lugar del robo es todavía un acto preparatorio, debido a que el hecho de portar un arma de fuego en ese momento no cumple con el elemento cualificador de dicha infracción patrimonial (§ 250 núm. 1) (BGH 31, 105 con comentario aprobatorio de *Hruschka* JZ 1983, pág. 217 y *Kühl,* JR 1983, pág. 425). Vid. también la BGH NStZ 1981, pág. 435.

El Derecho vigente se comprende mucho mejor desde la óptica de la teoría de la impresión por la importante acentuación de la puesta en marcha del hecho (§ 22), la atenuación facultativa de la pena (§ 23 II) y la posibilidad de prescindir de la sanción punitiva en el caso de una tentativa completamente irracional. Esta visión fundamenta correctamente la punibilidad de la tentativa a través de la necesidad de la *preservación del Ordenamiento jurídico*. En la tentativa el objeto

---

[12] Así, *Bockelmann,* Untersuchungen págs. 146 ss., 162; *Engisch,* DJT-Festschrift pág. 435; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. III antes del § 43; *Oehler,* Das objektive Zweckmoment pág. 121; *Waiblin*ger, ZStW 69 (1957) pág. 214. Con anterioridad ya *E. v. Liszt,* ZStW 25 (1905) pág. 36. En contra, *Stratenwerth,* Festgabe zum Schweiz. Juristentag pág. 265; *P. Albrecht,* Der untaugliche Versuch pág. 36.

[13] Y así, *Schmidhäuser,* Studienbuch págs. 338 ss., y *Alwart,* Strafwürdiges Versuchen págs. 122 ss., hacen coexistir la "finaliad de la tentativa" y el "intento de la puesta en peligro". Comprendiendo la tentativa como un delito de peligro abstracto, *Kratzsch,* Verhaltenssteuerung págs. 64 ss., 438. Determina el concepto de tentativa en función de las deficiencias del tipo objetivo, *Zaczyk,* Unrecht págs. 126 ss., 229 ss. Para *Jakobs,* Allg. Teil 25/21, el fundamento de la tentativa es la "conversión expresiva de la infracción de la norma".

de punición es la voluntad antijurídica del autor trasladada al hecho, esto es, el injusto doloso de acción del tipo correspondiente.

III. El tipo de la tentativa

De acuerdo con el § 22, que se apoya en la fórmula sintética del § 24 AE y no en la explícita redacción del § 26 E 1962, la tentativa presupone tres aspectos[14]: la resolución a la realización del tipo como elemento subjetivo, la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo como elemento objetivo y la ausencia de la consumación del tipo como factor negativo conceptualmente necesario. Estos tres momentos determinan ya un tipo especial. La **tentativa** es, por lo tanto, un **tipo dependiente**[15] pues sus elementos siempre tienen que estar referidos a un tipo penal ya descrito en la Ley (no hay, pues, una "tentativa por sí misma", sino sólo, por ejemplo, asesinato, hurto o estafa intentada).

1. La tentativa exige la presencia del tipo subjetivo completo. Al mismo pertenece, en primer lugar, el **dolo** (vid. *supra* § 29 III). Como en el delito consumado, éste debe estar dirigido a la totalidad de los elementos objetivos del tipo. En el caso de tipos cualificados también deben estar comprendidos los componentes agravantes. El dolo puede ser también *eventual* en la medida en que éste sea suficiente para el tipo afectado[16]. Del mismo modo que en el delito consumado hay que distinguir entre dolo eventual y la "voluntad de acción condicionada" (vid. *supra* § 29 III 3e). Carece de dolo quien todavía no está resuelto a la comisión del hecho y sólo indaga los elementos para su perpetración (simple *propensión al hecho*) (BGH StV 1987, pág. 528). Sin embargo, la voluntad de acción es incondicional si la resolución se ha adoptado definitivamente y sólo se espera a una condición independiente de la voluntad del autor que debe decidir acerca del comienzo de la ejecución de la acción (resolución delicitiva relativa a una *situación fáctica incierta*) (RG 16, 133 [135]; BGH 12, 306 [310]; 21, 14 [18]). Existe

[14] Acerca de la estructura de la tentativa vid. *Fiedler*, Vorhaben págs. 60 ss.; *Reinhard v. Hippel*, Untersuchungen págs. 26 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núm. 1.

[15] Al respecto vid. *Sauermann*, Versuch págs. 31 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núm. 7.

[16] Vid. RG 61, 159 (160); 68, 339 (341); BGH 22, 330 (332 ss.); 31, 374 (378); *Roxin*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 145 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 17 con referencias adicionales; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 2. De otra opinión, *Lampe*, NJW 1958, pág. 333. Restringidamente para la tentativa inidónea, *Kölz-Ott*, Eventualvorsatz pág. 147. Aceptando una forma fragmentaria especial de dolo para la tentativa inacabada, *Struensee*, Armin-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 538 ss. (a diferencia de la tentativa acabada y la consumación).

también voluntad de acción incondicionada si el autor toma en consideración la posibilidad del desistimiento (resolución delictiva con *reserva de desistimiento*)[17].

Ejemplos: No constituye tentativa de un delito de apropiación indebida (§ 246) la acción de un funcionario de correos que abre una carta sólo para examinar su contenido y ver si le conviene su sustracción (RG 65, 145 [148]). Naturalmente, con ello realiza el tipo del § 354 II núm. 1[18]. Por el contrario, existe tentativa de robo cuando el sujeto se introduce en una casa para sustraer cualquier cosa que pueda serle útil (RG 70, 201 [203]), pero también cuando lo hace para querer comprobar si en su interior encuentra cosas de valor (OLG Hamm MDR 1976, pág. 155). Hay dolo de robar si el autor pretende usar la violencia ante el fracaso de una tentativa de extorsión (KG GA 1971, 54 [55]). En el hecho de coser divisas en el felpudo de un vehículo con el que se debe hacer el viaje al extranjero si no se obtiene la autorización preceptiva existe, ciertamente, una voluntad incondicional de cometer un delito de evasión de divisas (de otra opinión, RG 71, 53), pero todavía no se ha comenzado su traslado al extranjero.

De la necesidad de que el dolo esté presente en la tentativa se derivan dos consecuencias:

a) Por un lado, *no existe la tentativa imprudente* pues quien actúa negligentemente no toma la decisión de cometer un delito (vid. *infra* § 54 IV)[19].

b) Por otro, y prescindiendo del dolo como elemento subjetivo del tipo, también deben concurrir los *especiales elementos subjetivos del tipo* (vid. supra § 30 II) que la correspondiente figura de delito exija, puesto que estos componentes se encuentran en el mismo plano que el dolo en la estructura del delito[20].

2. Como elemento objetivo la tentativa demanda que el autor **"ponga inmediatamente en marcha la realización del tipo"**. Ello supone el desarrollo de una actividad que sin más trámite debe conducir a la realización del tipo (BGH 31, 178 [182]; 37, 294 [296] con comentario crítico de *Küper*, JZ 1992, págs. 345 ss.; BGH NStZ 1987, pág. 20; OLG Karlsruhe NJW 1982, pág. 59). Si esto es así, el

---

[17] La jurisprudencia del RG y del BGH es vacilante; vid., más detalladamente, *Less*, GA 1956, págs. 36 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 40 núm. 71; *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núms. 9 ss.; *W. Schmid*, ZStW 74 (1962) págs. 48 ss.; *R. Schmitt*, JuS 1961, págs. 25 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núms. 18 ss.; *SK (Rudolphi)* § 22 núms. 3 ss. Incorrectamente, *Artz*, JZ 1969, págs. 54 ss., quiere dejar de hacer valer el "querer condicionado", pues la resolución a una acción típica con la reserva del acaecimiento de una condición que hace al hecho superfluo es ya dolo (vid. BGH 21, 14 [17]).

[18] La referencia debe entenderse realizada al vigente § 206 III 2 (N del T).

[19] Así, *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núm. 8; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 22.

[20] Vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 23; *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núm. 22; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 2; *Wessels*, Allg. Teil núm. 596.

hecho se enjuicia de acuerdo con el plan del autor, esto es, de conformidad "con la representación del hecho que posee el autor". Decisiva resulta, por consiguiente, la valoración objetiva de la cercanía de la acción al fundamento de la idea que el autor se ha forjado sobre el recorrido, la forma y el modo de la realización de su resolución delictiva **(teoría objetivo-individual)** (vid., más detalladamente, *infra* § 49 IV)[21].

También en los **tipos cualificados** importa saber si el autor da comienzo inmediatamente a la realización del tipo. Si el autor comienza con la realización del tipo cualificado (por ejemplo, inutiliza los extintores antes de provocar el incendio, § 307 núm. 3[22]) sólo existe tentativa de un delito de incendio si la realización del tipo básico sigue inmediatamente a aquélla. Si la acción cualificada (verbigracia, portar un arma de fuego en el delito de robo, § 250 I núm. 3[23]) se efectúa exclusivamente durante la preparación del delito básico (así, sólo durante la aproximación al lugar del robo), entonces el autor sólo puede ser castigado por este último (BGH 31, 305 con comentario aprobatorio de *Hruschka*, JZ 1983, pág. 216 y de *Kühl*, JR 1983, pág. 425)[24].

En los casos más graves que son expresados a través de *ejemplos reglados* (verbigracia, el § 243 I 2), se debe exigir para la tentativa que el autor comience la realización del tipo básico, puesto que aquéllos, como tales, no son elementos del tipo en el sentido del § 22[25]. En adhesión al E 1962 (Fundamentación, págs. 144, 403) una tesis más amplia se conforma con el comienzo de la realización del ejemplo reglado, aún cuando en ella no reside el comienzo de la acción del hecho[26]. La jurisprudencia acepta que la el ejemplo

---

[21] Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 494; *Blei*, Allg. Teil pág. 228; *el mismo*, JA 1975, pág. 96; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 208 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 40 núm. 43; *Roxin*, Einführung, pág. 15; *Rudolphi*, JuS 1973, pág. 23; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 32; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 11; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 665; *Wessels*, Allg. Teil núm. 598. Interpretanto rigurosamente la fórmula del comienzo de la realización del tipo, *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núm. 35a, quien exige ya una "acción escpecíficamente ejecutiva del tipo". Profundizando en la cuestión, *Kratzsch*, JA 1983, págs. 578 ss.

[22] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306b II 3 (N del T).

[23] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 250 II 2 (N del T).

[24] Vid. *Artz*, JZ 1959, pág. 59; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 58; *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núm. 78; *Stree*, Peters-Festschrift pág. 192; *Wessels*, Allg. Teil núm. 605.

[25] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 487; *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 48b; *Blei*, Allg. Teil págs. 224ss.; *Laubenthal*, JZ 1987, pág. 1069; *LK (9.ª) (Vogler)* § 22 núm. 85; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 18; *Stree*, Peters-Festschrift pág. 181; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 58; *Wessels*, Maurach-Festschrift pág. 305; *el mismo*, Allg. Teil núm. 602; *Kühl*, Allg. Teil § 15 núms. 52 ss.

[26] Así, *LK(9.ª)(Helmann-Trosien)* § 243 núm. 47. Vid. también la OLG Hamm MDR 1976, pág. 155 con comentario crítico de *Hillenkamp*, MDR 1977, pág. 242. A favor de esta tesis se pronuncia también la BGH 33, 370 (374), según la cual los ejemplos reglados "hay que

reglado del § 243 también desarrolla su efecto indiciario en el hurto simplemente intentado (BGH 33, 370). Lo mismo debe regir para el caso de que el hurto *y* el ejemplo reglado queden sólo intentados (de otra opinión, BayObLG JR 1981, pág. 118).

3. Finalmente, el delito no puede ser consumado. La **consumación** no viene determinada por el hecho de que el autor haya alcanzado su propósito, sino que aquélla tiene ya lugar con el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo (vid., sin embargo, acerca de las cosas compuestas OLG Karlsruhe, Die Justiz 1972, pág. 361). En función de la configuración del tipo (delito de lesión, de peligro o de resultado cortado) la consumación puede tener lugar en un momento anterior o posterior. Ésta, además, debe ser negada ante la ausencia de la imputación objetiva del resultado (vid. *supra* § 28 IV). La consumación hay que diferenciarla de la **terminación** (consumación material) del hecho[27]. Los delitos en los que puede comprobarse la consumación en un momento distinto al de la terminación se clasifican según su estructura en cuatro grupos:

El primero está integrado por los *delitos de consumación anticipada* (delitos de intención, de peligro y delitos de emprendimiento). El segundo grupo de delitos en los que la terminación sucede a la consumación está caracterizado por la *estructura reiterativa* de los tipos (delitos permanentes, de dos actos o tipos con numerosos actos inviduales). Un tercer grupo está formado por los supuestos en los que el *resultado final o total* es obtenido a través de acciones que ya no se corresponden en sentido formal con la descripción del tipo, tal y como por ejemplo sucede con el recuperación del botín de un hurto (BGH 20, 194 [196]), el aseguramiento de los objetos de contrabando tras atravesar la frontera (BGH 3, 40 [44]) o la destrucción de la totalidad del edificio en el incendio (OLG Hamm JZ 1961, 94 [95]). El cuarto grupo está compuesto por supuestos de *unidad natural de acción* (vid. *infra* § 66 III)[28].

---

tratarlos en cuanto a sus consencuencias como los elementos del tipo". Acertadamente en contra de esta visión *Wessels,* Lackner-Festschrift pág. 434. En contra de la aplicación del ejemplo reglado en el delito básico meramente intentado, *Degener,* Stree-Wessels-Festschrift pág. 329.

[27] Al respecto vid. *Jescheck,* Welzel-Festschrift págs. 685 ss.; *Hau,* Die Beendigung der Straftat págs.70 ss.; *Furtner,* JR 1966, pág. 169; *Schönke/Schröder/Eser,* nota preliminar núm. 4 antes del § 22; *Wessels,* Allg. Teil núms. 591 sss.; *LK (9.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 23 antes del § 22; *Küper,* JZ 1981, págs. 251 ss. Mostrándose restrictivo *Kühl,* Allg. Teil § 14 núms. 27 ss.

[28] Crítico con la teoría de la terminación del delito a causa del descuido en la realización de la acción típica, *Gallas,* ZAK 1937, pág. 438; *Isenbeck,* NJW 1965, pág. 2329; *Hruschka,* GA 1968, pág. 193; *Gössel,* ZStW 85 (1973) págs. 644 ss.; *Herzberg,* Täterschaft págs. 71 ss.; *Rudolphi,* Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 567 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 25/12; *Otto,* Lackner-Festschrift pág. 716 ss.; *Bitzilekis,* ZStW 99 (1987) págs. 749 ss. Diferenciando entre las condiciones del comportamiento y las del resulado, *Kühl,* Die Beendigung págs. 80 ss.; *el mismo,* JuS 1982, pág.

La distinción entre consumación y terminación posee un *significado práctico* que se proyecta en diversas direcciones[29]. Por una parte, se acepta que en Derecho penal internacional, para los delitos cometidos a distancia, la terminación del hecho en el sentido de la realización de la intención típica sea considerada como resultado de conformidad con el § 9 I (vid. supra § 18 IV 2b). Por otra, en el período comprendido entre la consumación y la terminación es todavía posible la participación punible (BGH 2, 344 [346 ss.]; 6, 248 [251]) (vid., en relación con la coautoría, infra § 63 II 2; en relación con la complicidad, infra § 64 III 2b). Asimismo, al autor le son todavía imputables aquellos elementos cualificadores del tipo que realice durante ese período de tiempo (BGH 20, 194 [196]; 22, 227; BGH GA 1971, pág. 82). En relación con los concursos, la coincidencia con otras infracciones durante esta última fase puede fundamentar todavía un concurso ideal (RG 60, 315 [316 ss.]; BGH JZ 1952, pág. 89; GA 1955, 245 [246 ss.]; JZ 1975, 130 [131]). Finalmente, el plazo para instar la persecución penal (vid. infra § 85 I 5), así como el de la prescripción del delito (vid. infra § 86 I 2), comienza ya con la terminación del hecho.

Ejemplos: La extorsión (§ 253) se consuma tan pronto como el apremiado entrega el dinero, aunque el autor no llegue a recibirlo (BGH 19, 342 [343]), pero se termina cuando éste consigue el botín. También en el hurto la terminación del hecho presupone el aseguramiento del dominio obtenido sobre la cosa. Cuando la víctima persigue al autor que huye con el botín, ciertamente, el hurto está consumado pero, como todavía no está terminado, el apoyo que suministra un tercero al que huye puede ser constitutivo de complicidad en el hurto (BGH 6, 248 [249])[30]. El robo con homicidio (§ 251) existe también cuando durante la huida del autor de quienes le persiguen (esto es, durante la fase que media entre la consumación y la terminación), mata a otro negligentemente (BGH 38, 295 [297 ss.]). Por el contrario, deja de existir ya complicidad cuando el botín del ladrón ha sido ya devuelto al ofendido (BGH JZ 1985, pág. 299) o si el implicado en un accidente ha abandonado ya el lugar del hecho sin ser perseguido (OLG Stuttgart NJW 1981, 878 [879]).

IV. La delimitación entre tentativa y preparación

1. De acuerdo con el § 22 la tentativa comienza cuando el autor "da comienzo a la realización del tipo según su propia representación". En la reforma

189. Objeciones también en *Lackner,* nota preliminar núm. 2 antes del § 22.

[29] Vid. *Jescheck,* Welzel-Festschrift págs. 696 ss.; *Hau,* Die Beendigung der Straftat págs. 114 ss.

[30] Críticos al respecto, *Gallas,* ZAK 1937, pág. 438; *Isenbeck,* NJW 1965, pág. 2329; *Roxin/Schünemann/Haffke,* Strafrechtliche Klausurenlehre págs. 232 ss.; *Rudolphi,* Jescheck-Festschrift Tomo I, págs. 568 ss.

penal operada en el año 1975 el legislador ha sustituido la anterior fórmula de "comienzo de la ejecución" (§ 43 en su anterior redacción), que en su estrecha enunciación para las necesidades prácticas había sido notablemente extendida por la jurisprudencia (RG 71, 53; BGH 6, 302 [303]; OLG Karlsruhe JR 1973, pág. 425), por una redacción en la que aparecen vinculados un criterio subjetivo (la representación del hecho por parte del autor) y otro objetivo (el comienzo inmediato de la realización del tipo). Esta **"teoría objetivo-individual"** [31], que ya fue defendida con anterioridad [32] (BGH 26, 201 [203 ss.]; BGH StV 1992, pág. 62; BGH NJW 1993, pág. 2125), debe contrarrestar, a través de la restricción de la tentativa a la fase precedente de la realización inmediata del tipo, el continuo adelantamiento del comienzo de la tentativa a una etapa previa del hecho[33].

De este modo, está ya superada la *teoría puramente subjetiva* que en el comienzo de la tentativa sólo antendía a la representación del autor sobre el comienzo de la ejecución, introduciéndose así ampliamente en el ámbito de la preparación; también lo está la *teoría objetivo-formal*, según la cual, la tentativa debía comenzar con la acción típica en sentido estricto. Por el contrario, la *teoría objetivo-material,* que exige para la tentativa una puesta en peligro inmediata del objeto de la acción objeto de tutela, posee todavía valor pues este criterio puede ser empleado para completar la fórmula actual (vid. *infra* § 49 IV 5).

2. En la delimitación entre tentativa y preparación hay que partir de "la representación del autor sobre el hecho" pues del suceso externo realizado, meramente fragmentario y, en cualquier caso, en la tentativa inacabada, sólo puede comprenderse desde el **plan del autor**[34]. De ahí que para responder a la pregunta de si concurre el comienzo inmediato en la realización del tipo hay que atender a cómo se ha imaginado el autor el curso del hecho, así como cuándo y de qué forma quiso comenzar con la acción ejecutiva típica.

---

[31] Vid. *Welzel*, Lerhbuch pág. 190; *Jescheck*, Niederschriften Tomo II, pág. 194.

[32] Así, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 207; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 494; *Dreher/Tröndle*, § 22 núm. 8; *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núms. 58 ss. ("cuestión específicamente típica"); *Lackner*, § 22 núm. 3; *J. Meyer*, ZStW 87 (1975) pág. 604, nota a pie núm. 34; *Otto*, Grundkurs pág. 225; *Roxin*, JuS 1979, pág. 3; *Rudolphi*, JuS 1973, pág. 23; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 25; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 11; *Wessels*, Allg. Teil núm. 598; *Walder*, SchwZStr 99 (1982) págs. 225 ss. *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 611, habla en el mismo sentido de "teoría totalizadora". *Jakobs*, Allg. Teil 25/63 ss., tiene también en cuenta el contexto social.

[33] Vid. el E 1962, Fundamentación, pág. 144; BT-Drucksache V/4095 pág. 11. Acerca de sus consecuencias en la jurisprudencia vid. *Becher*, Zur Abgrenzung págs. 54 ss.; *Berz*, Jura 1984, págs. 511 ss.

[34] Vid. el ejemplo del asesinato mediante veneno que suministra *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 11; vid., además, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 495.

3. Mediante el elemento de **la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo** la tentativa debe "acercarse hasta el límite mismo de la acción típica"[35]. Por tanto, acciones intentadas son sólo sucesos "que están inmediatamente situadas delante de la realización de un elemento del tipo"[36]. Determinante es, además, que el comportamiento que todavía es formalmente atípico debe estar tan estrechamente vinculado con la verdadera acción ejecutiva, que pueda pasarse a la fase decisiva del hecho *sin necesidad de pasos intermedios esenciales* (BGH 35, 6 [8 ss.]; BGH NStZ 1987, pág. 20)[37].

Ejemplos: Los autores que decididos a cometer un atraco en una gasolinera, cubiertos con máscaras y armados con pistolas, gritan al empleado del establecimiento para que salga y poder robar inmediatamente tras la apertura, se encuentran ya en el estadio de la tentativa de un robo agravado (§ 250 I núm. 1) aunque no aparezca nadie (BGH 26, 201 [203 ss.] con comentario aprobatorio de *Gössel*, JR 1976, págs. 249 ss.). Por el contrario, el inicio de un fraude fiscal de conformidad con el § 370 I, II AO 1977 (venta de gasóleo de calefacción como combustible diésel) a través del establecimiento de las relaciones comerciales necesarias no constituye la puesta en marcha de su utilización indebida como combustible, pues éste debe ser todavía solicitado y suministrado al cliente (de otra opinión, de acuerdo con el Derecho entonces vigente, OLG Karlsruhe JR 1973, pág. 425[38]). No hay tentativa, sino mera preparación de un delito de importación de sustancias estupefacientes (§ 30 I núm. 4 BtMG), cuando el autor viaja al extranjero para recoger la mercancía (BGH *Dallinger* MDR 1975, pág. 21). Tampoco constituye tentativa el esfuerzo del autor por inclinar a un niño a la comisión de actos obscenos si el hecho debe tener lugar posteriormente en otro lugar (OLG Celle NJW 1972, pág. 1823). La pretensión de que una prostituta entregue regularmente ingresos procedentes

---

[35] Así, acertadamente, *Roxin*, Einführung págs. 15 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 35. De forma similar, *Dreher/Tröndle*, § 22 núm. 11; *Preisendanz*, § 22 comentario núm. 4a. Por el contrario, *Lackner*, § 22 núm. 4, no ve "nada esencialmente distinto" en la nueva redacción y también *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 611, sostiene que el cambio en la terminología es "indiferente". En el mismo sentido, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 666 ss.; *D. Meyer*, JuS 1977, pág. 21. Precisiones adicionales sobre la fórmula legal pueden encontrarse en *Kratzsch*, JA 1983, págs. 382 ss.; vid., también, *el mismo*, Verhaltenssteuerung págs. 69 ss. Acerca de la comprensión criminológica de la fórmula legal vid. *Walder*, Leferenz-Festschrift págs. 540 ss.

[36] Así, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 208.

[37] Así, *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 39; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 13; *Veling*, Abgrenzung § 53; *Wessels*, Allg. Teil núm. 607. Demasiado riguroso se muestra *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núm. 60, pues exige un comportamiento que "pueda ser incluido en el tipo correspondiente a través de una admisible interpretación gramatical y material". Renovadamente en defensa de su posición, *Vogler*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 293, citando jurisprudencia.

[38] Para *Tiedemann*, JR 1973, págs. 413 ss., existe tentativa pero sólo porque el autor omitió en su momento la oportuna denuncia ante el Ministerio de Hacienda.

de su comercio sexual es tentativa del § 181a en su anterior redacción (BGH 19, 350 [351]) mientras que, por el contrario, si con la misma finalidad se pretende que alguien se dedique a ello por primera vez es sólo preparación (BGH 6, 98 [99]). El fingimiento de un robo no es todavía una estafa de seguro intentada (BGH NJW 1952, pág. 430) y el caminar al lugar del hecho no es tentativa de robo (BGH *Dallinger* MDR 1966, pág. 197). En la construcción de un artefacto incendiario la solución depende de si es el autor mismo quien va a activar el encendido (preparación) o si va a desencadenarlo a través de un tercero de buena fe (tentativa) (RG 66, 141). El accionamiento de una señal luminosa para el atraco a un transporte de dinero que debía tener lugar inmediatamente después, es ya una tentativa de robo (BGH *Holtz* MDR 1977, págs. 807 ss.[39]). También lo es cuando se entra en la oficina de correos que se iba a atracar (BGH GA 1980, pág. 24) y tomar asiento en el coche de la víctima con la finalidad de atacarla para robar (§ 316a) (BGH NStZ 1989, pág. 476). Por el contrario, el hecho de pegar sellos preparados sobre una carta que solamente debía ser usada tras el envío de vuelta por el destinatario no constituye todavía tentativa del § 148 II (de otra opinión, sin embargo, OLG Koblenz NJW 1983, pág. 1625; en contra, con razón, *Küper*, NJW 1984, págs. 777 ss.). Una inmediata puesta en marcha de la importación de sustancias estupefacientes del extranjero es ya el "encontrarse cerca de la frontera" (BGH 36, 249 [251]). La entrega a un intermediario de un escrito que debería motivar el falso testimonio de un testigo no es todavía tentativa de encubrimiento personal (BGH 31, 10 [13]).

Es preparación el mero acecho (BGH *Dallinger* MDR 1973, págs. 728 y 900), tentativa, en cambio, la cometida por los autores ya preparados que acechan la llegada del tranvía con el cobrador al que se espera asaltar, poniendo en marcha los medios de ataque y de huida (BGH NJW 1952, con comentario crítico de *Mezger*; en cambio, el sólo hecho de esperar a la víctima no basta para la BGH StV 1989, pág. 526). Constituye tentativa el penetrar en los edificios que van a ser robados, caso de que en ellos se encuentre algo (OLG Hamm MDR 1976, pág. 155). Es preparación la carga de las mercancías destinadas a un delito de exportación ilegal (de otra opinión, BGH 20, 150) o a un delito contra la seguridad alimentaria (vid., sin embargo, la BGH 12, 54), mientras que su transporte a la frontera o, respectivamente, a los restaurantes es ya tentativa[40]. Integra la tentativa la conducta consistente en intervenir corporalmente sobre un niño (con narcóticos) para cortarle seguidamente las arterias (RG 59, 157), preparación del quebrantamiento de condena (§ 120) la entrada en un edificio oficial en el que se va a suministrar al preso los

[39] Profundizando en ello *Küper*, JZ 1979, págs. 775 ss.

[40] Expresando objeciones político-criminales frente a la fórmula legal de la tentativa en los delitos económicos, *Tiedemann*, 49. DJT 1972, pág. 52; *el mismo*, JR 1973, pág. 412; *el mismo*, Wirtschaftsstrafrecht, Allg. Teil págs. 221 ss. Al respecto vid., con numerosos ejemplos procedentes de la jurisprudencia, *Dreher/Tröndle*, § 22 núm. 17a; *J. Meyer*, ZStW 87 (1975) pág. 610; *Lange*, Strafrechtsreform págs. 34 ss.; *Schmidt-Hieber*, en: *Müller-Gugenberger*, § 8 núms. 22 ss.

instrumentos para su huida (con otro criterio, BGH 9, 63 [64]). La espera en la casa del traficante por parte del adquirente dispuesto para la compra de una cantidad de hachís ya acordada, no constituye tentativa de tráfico de drogas (OLG Celle NJW 1986, pág. 78). La preparación en el lugar del hecho de un instrumento destinado a facilitar la entrada en la casa no determina el comienzo del robo (BGH NStZ 1989, pág. 473).

4. Hay que aceptar siempre la existencia de tentativa si el autor ha comenzado ya la **acción ejecutiva típica** o, en caso de delitos integrados por varios actos, el primero de ellos que sea típico, pues en estos casos se ha sobrepasado ya la simple puesta en marcha. El legislador, no obstante, ha omitido incluir expresamente este supuesto en el § 22[41].

Ejemplos: La agresión física al acompañante de la víctima del robo es violencia típica como primer estadio del robo (BGH 3, 297), el cierre de la puerta de la tienda supone ya el comienzo de la amenaza (RG 69, 327 [331]). Por el contrario, es sólo preparación de un delito de estafa la acción engañosa a través de la cual solamente se crea la base de la confianza para la entrega del préstamo planeado y que no determina por sí misma el desplazamiento patrimonial (BGH 37, 294 [296]; OLG Karlsruhe NJW 1982, pág. 59[42]). La tentativa de estafa frente a un agente inmobiliario no viene determinada por la simulación de la disposición a pagar por parte del cliente, sino por la puesta en marcha de la conclusión del negocio que hace surgir la obligación de pago (BGH 31, 178 [182 ss.]).

5. La regulación de la tentativa por el § 22 está hecha a medida de la tentativa inacabada cometida por el autor único y, en este sentido, traza el límite de la punibilidad con una determinación mejor adecuada al Estado de Derecho. Sin embargo, la fórmula legal no se adecúa a **otras formas de manifestarse la tentativa** y debe, por ello, ser **sustituida** o **modificada**. Y así, falta un punto de conexión con el comienzo de la tentativa en los *delitos de omisión* en los que el autor se comporta de forma meramente pasiva. En consecuencia, en estos casos hay que recurrir al momento de la puesta en peligro inmediata del objeto de la acción que se protege o al incremento de un riesgo ya existente (vid. *infra* § 60 II 2)[43]. En otros supuestos esta fórmula es, por sí misma, perfectamente aplicable pero conduce a unos resultados que van demasiado lejos pues en vez de alcanzarse la restricción de la punibilidad de la tentativa se consigue justo lo contrario de

[41] La redacción del § 26 E 1962 era, también en este punto, mucho mejor; vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 228.

[42] Instructivo al respecto, *Burkhardt*, JuS 1983, págs. 426 ss., quien advierte de que también en la realización parcial del tipo "la inmediata puesta en marcha" debe ir referida al tipo global. Vid. también *Jakobs*, Allg. Teil 25/68.

[43] Así, *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) pág. 30; *J. Meyer*, ZStW 87 (1975) pág. 605; *Roxin*, Einführung pág. 16; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 50; *Tiedemann*, JR 1973, pág. 412.

lo que se pretendía. Y así, en la *autoría mediata* el criterio que debe considerarse correcto no es la intervención del hombre de atrás sobre el instrumento, sino la puesta en marcha hacia la realización del tipo por parte de dicho instrumento, o antes, el envío del mismo por parte del autor mediato, siempre que a ello deba seguir inmediatamente el hecho sin estadios intermedios (BGH 30, 363) (vid. *infra* § 62 IV 1). También en la *actio libera in causa* el momento decisivo no puede ser la puesta en marcha de la producción de la incapacidad de culpabilidad (por ejemplo, el embriagarse dolosamente), sino sólo la puesta en marcha de la realización del tipo mismo (vid. *infra* § 49 VII 4). Finalmente, la *tentativa acabada* sólo comienza cuando el autor deja definitivamente fuera de su dominio el suceso, como cuando, por ejemplo, el dispositivo de incendio está colocado de tal forma que puede conseguirse el encendido con un cortocircuito o el accionamiento del interruptor de la luz por un tercero (RG 66, 141 [142])[44].

V. El castigo de la tentativa

1. Por una parte, la tentativa es punible en los delitos graves porque en ellos la inmediata puesta en marcha del hecho es idónea para menoscabar el sentimiento de seguridad jurídica de la colectividad. Por otra, la tentativa también debe ser conminada con pena en aquellos delitos de la criminalidad de tipo medio en los que el estímulo del hechoes especialmente poderoso, algo que por ejemplo sucede con el quebrantamiento de condena (§ 120 III), lesiones corporales peligrosas (§ 223a II[45]), introducción de moneda falsa (§ 147 II), coacción (§ 240 III), hurto (§ 242 II), extorsión (§ 253 III), receptación (§ 259 III), estafa (§ 263 II) o falsificación de documentos (§ 267 II). De este modo se explica la regulación que tiene su origen en los arts. 2 y 3 del Código penal francés de 1810, de que la tentativa es siempre punible en los **delitos graves** y sólo en los casos legalmente determinados para los **delitos menos graves** (§ 23 I)[46]. Para la delimitación de ambas clases de acciones punibles es decisivo el punto de vista *abstracto* (vid. *supra* § 7 IV 2).

Ejemplo: Ni siquiera en el supuesto de una administración desleal especialmente grave (§ 266 II) es punible la tentativa (RG JW 1937, 284).

---

[44] Así, *Roxin*, Maurach-Festschrift pág. 226. Críticos al respecto, *Blei*, JA 1975, pág. 167; *Herzberg*, MDR 1973, pág. 89; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 46.

[45] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 II (N del T).

[46] En las infracciones administrativas la tentativa sólo puede ser castigada si la ley así lo determina expresamente (§ 13 II OWiG), algo que sólo excepcionalmente sucede; vid. *Göhler*, OWiG, § 13 núm. 1.

2. De acuerdo con el § 23 II la tentativa *puede* ser castigada más levemente que el delito consumado[47]. El marco punitivo atenuado se deriva del § 49 I y en el caso de concurrencia de distintas causas de atenuación el mismo puede ser reducido repetidas veces[48] (BayObLG NJW 1951, pág. 284).

Ejemplo: En una agresión sexual intentada (§ 178[49]) que se ejecuta por un autor con la capacidad de culpabilidad disminuida, el marco penal de uno a diez años de prisión pasa a ser de un mes a cinco años, siete meses y dos semanas.

La mera **atenuación facultativa de la pena** se corresponde con la teoría de la impresión (vid. *supra* § 49 II 3), según la cual, la decisión de si el delito merrece ser enjuiciado por el marco penal ordinario o el atenuado depende de lo cercano que esté el hecho de la consumación, de la peligrosidad de la tentativa y de la intensidad de la voluntad criminal[50].

En la elección entre el marco punitivo ordinario o el especial del § 49 I el juez sólo puede tener en cuenta las circunstancias referidas al hecho en calidad de tentativa y que, en atención a la ausencia del resultado, hagan que aquél aparezca

[47] La atenuación *obligatoria* para la tentativa fue eliminada por exigencias del "Derecho penal de la voluntad" a través del § 4 GewaltverbrecherVO de 5.12.1939 (RGBl. I pág. 2378). La nueva redacción del anterior § 44 siguió este criterio por medio de la VO de 29.5.1943 (RGBl. I pág. 341). De este modo, el Derecho alemán fue equiparado al anterior § 8 österr. StGB y a los arts. 21 ss. schweiz. StGB. Vid. al respecto *Nagler,* GS 115 (1941) págs. 27 ss. El actual § 23 II, frente al § 25 II AE, pero en coincidencia con el § 27 II 2 E 1962, ha seguido manteniendo la atenuación facultativa; por el contrario, el § 15 I österr. StGB se basa en el principio de la igualdad del castigo.

[48] El Derecho vigente no ha asumido la prohibición de la doble atenuación contenida en el § 65 II E 1962. El § 50 sólo excluye la doble atenuación en el caso de que la aceptación de un caso menos grave se base sobre una atenuación determinada legalmente según el § 49; al respecto vid. *Horstkotte,* Dreher-Festschrift págs. 272 ss.; *LK(10.ª) (G. Hirsch)* § 50 núm. 2; *Bruns,* JR 1980, pág. 226; BGH JR 1980, pág. 246.

[49] La remisión debe entenderse realizada al actual § 177 en cuyo tipo básico la pena ya no resulta ser de uno a diez años de prisión, sino que se impone tan sólo el límite mínimo de un año (N del T).

[50] Al respecto vid. *Bruns,* Strafzumessungsrecht págs. 438 ss.; *el mismo,* Recht der Strafzumessung pág. 172; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 595; *Schönke/Schröder/Eser,* § 23 núm. 6; *J. Meyer,* ZStW 87 (1975) págs. 612 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* § 23, Entstehungsgeschichte pág. 107; BT-Drucksache V/4095 pág. 11. Por el contrario, a favor de la atenuación obligatoria de la pena debido a la desaparición del injusto de resultado, *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 477 ss.; *LK(10.ª)(Vogler)* § 23 núm. 9; *Schönke/Schröder/Eser,* § 23 núm. 6; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 682; *el mismo,* Schweiz. Juristentags-Festgabe pág. 256. A favor de la equiparación del castigo entre consumación y tentativa, *Roeder,* Erscheinungsformen pág. 14; *Zielinski,* Handlungs— und Erfolgsunwert págs. 213 ss.

como un delito suficientemente grave o relativamente benigno[51]. Por el contrario, en la determinación de la pena concreta dentro del marco penal atenuado no puede ser tenido en cuenta el hecho de que sólo existe una tentativa pues, de lo contrario, una circunstancia que fue decisiva para el establecimiento del marco legal de la pena sería valorada por segunda vez[52].

En cambio, en la elección entre ambos marcos penales el BGH decide sobre la base de "una consideración global de todas las circunstancias del hecho y de la personalidad del autor de modo que, por ejemplo, para rechazar la aplicación de la pena atenuada recurre a la circunstancia de que el autor acababa de cumplir una pena de prisión (BGH 16, 351 [353]; 17, 266; BGH StV 1981, pág. 514; GA 1984, pág. 374)[53]. En la fijación concreta de la pena dentro del marco elegido, la jurisprudencia utiliza de nuevo la circunstancia de que el hecho constituye sólo una tentativa (BGH 17, 266). Sin embargo, ello sólo aparece justificado e, incluso, obligatorio cuando se ha elegido el marco ordinario de la pena porque en su establecimiento no ha sido considerada la tentativa. En dicho marco, pues, la circunstancia de que el hecho ha quedado sólo en grado de tentativa *debe* ser tenida en cuenta, porque la falta del injusto de resultado hace que en igualdad de circunstancias el hecho intentado muestre una menor gravedad que el intentado[54].

En el § 49 I está prevista para la tentativa una reducción escalonada tanto del límite mínimo como del máximo de la pena. En lugar del marco penal ordinario entra en juego uno especial con una atenuación de la pena limitada en su extensión.

---

[51] Así, *Dreher*, JZ 1956, pág. 638; *el mismo*, JZ 1957, págs. 155 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 23 núm. 3; *Bruns*, Recht der Strafzumessung págs. 172 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 25/79 (quien, sin embargo, pretende incluir otras causas de atenuación para el caso de que no sean suficientes las referidas a la tentativa); *LK(10.ª)(Vogler)* § 23 núm. 10; *Schönke/Schröder/Eser*, § 23 núm. 7; *SK (Rudolphi)* § 23 núm. 3; *Lackner*, § 49 núm. 4; *Timpe*, Strafmilderungen págs. 91 ss.; OLG Hamm NJW 1958, pág. 561. Desarrolla otra distinción *Frisch*, Spendel-Festschrift págs. 399 ss.

[52] Vid. BGH 16, 351 (354); *Bruns*, Strafzumessungsrecht pág. 448; *Dreher/Tröndle*, § 23 núm. 3; *Schönke/Schröder/Eser*, § 23 núm. 10. Acertadamente advierte sin embargo *SK (Rudolphi)* § 23 núm. 4, que pueden ser tenidas en cuenta las cualidades especiales de la tentativa existente en cuestión como, por ejemplo, su inidoneidad.

[53] En el mismo sentido se pronuncia la doctrina dominante; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 477; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 174; *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 446 ss.; *Hettinger*, Das Doppelverwertungsverbot pág. 174; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 40 núm. 183; *Stratenwerth*, Schweiz. Juristentags-Festgabe pág. 261.

[54] Así, *Schönke/Schröder/Eser*, § 23 núm. 9; *Dreher*, JZ 1957, pág. 156; *Stratenwerth*, Schweiz. Juristentags-Festgabe pág. 255; de otra opinión, *Bruns*, Strafzumessungsrecht pág. 449; *Blei*, Allg. Teil pág. 234.

La pena fijada dentro del marco punitivo especial del § 49 I no necesita quedar por debajo del límite mínimo de la señalada por el marco ordinario[55], pero de la motivación de la sentencia debe derivarse que el juez fue consciente de la posibilidad de atenuar la pena por debajo de dicho límite mínimo (BGH JZ 1956, pág. 500).

VI. El castigo de los actos preparatorios

1. **Por regla general los actos preparatorios** permanecen **impunes** pues están tan alejados de la consumación que no podrían aparecer como una amenaza seria para el bien jurídico protegido. A ello se añade que con frecuencia el dolo del delito no puede ser probado inequívocamente[56].

2. Sólo por *razones especiales de política criminal* se comprende por qué el legislador únicamente castiga de modo excepcional las conductas preparatorias[57].

a) Por una parte, se trata de la *extensión dependiente* de cierta clase de tipos penales cuya peculiaridad demanda una intervención especialmente precoz pues, de lo contrario, no se conseguiría nada mediante la pena; así sucede con la preparación de una maniobra de altra traición (§ 83), el espionaje de alta traición (§ 96 I), la preparación de un delito de deportación ilegal (§ 234a III) o del atentado contra una aeronave (§ 316c III).

b) Por otra, son actos preparatorios que constituyen *delitos autónomos* caracterizados por su manifestación típica y una gran peligrosidad, sin que sea necesario que el autor haya ideado la comisión de un delito completamente determinado; así sucede en la preparación de falsificación de moneda (§ 149), la introducción en el mercado de medios para la interrupción del embarazo (§ 219 b), la estafa de seguro (§ 265[58]) o la preparación de una agresión bélica (§ 80).

c) Finalmente, en el § 30 se castigan supuestos especialmente peligrosos de actos preparatorios de la participación basados en el concierto psíquico de los intervinientes (vid. *infra* § 65).

3. Los casos de preparación punible suscitan diferentes supuestos dudosos.

La *tentativa* no es punible en los actos preparatorios dependientes (BGH 6, 85 [87]), pero sí en la mayoría de los que poseen una naturaleza autónoma (así, por ejem-

---

[55] Con un criterio diverso, *Börker*, JZ 1956, pág. 478; acertadamente en su contra, *Dreher*, JZ 1956, pág. 683; *Dreher/Tröndle*, § 23 núm. 3.

[56] Vid. *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 39 núm. 19.

[57] Al respecto vid. *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 13 ss. antes del § 22; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 39 núms. 21 ss

[58] Téngase en cuenta la nueva redacción sufrida por el § 265 que ha cambiado incluso en cuanto a la denominación de la infracción penal ["abuso de seguro" (*Versicherungsmißbrauch*) en lugar de "estafa de seguro" (*Versicherungsbetrug*)] (N del T).

plo, el incendio provocado bajo la creencia errónea de que la cosa está asegurada como tentativa de estafa de seguro de acuerdo con el § 265[59], RG 68, 430 [436]; la tentativa de espionaje de conformidad con el § 96 I, BGH 6, 385 [387]). Sin embargo, no es posible la tentativa en la preparación de una maniobra de alta traición (§ 83), pues esta disposición comprende ya tan ampliamente el estadio previo del delito de alta traición como demanda la existencia de una necesidad de pena[60]. Por el contrario, la *disposición sobre desistimiento* (§ 24) vigente para la tentativa no es aplicable a los actos preparatorios recogidos en tipos propios, puesto que tales conductas representan hechos formalmente consumados (BGH 15, 198 [199]). No obstante, sí rigen numerosas disposiciones especiales (vid. §§ 31, 83a, 84 V, 85 III, 87 III, 98 II, 316 c IV) que son aplicables analógicamente a supuestos similares (BGH 6, 85 [87]) (vid. *infra* § 51 V 2)[61]. También resulta imaginable una *participación* punible en actos preparatorios, se trate o no de conductas configuradas autónomamente[62].

VII. Supuestos especiales de tentativa

1. La tentativa es también posible en los **delitos de mera actividad** (vid. *supra* § 26 II 1b) cuando, por una parte, la actividad no se consuma con su comienzo por requerir un cierto lapso de tiempo y, por otra, en los casos de aceptación errónea de un elemento del tipo (tentativa inidónea).

Ejemplos: El falso testimonio queda intentado cuando da comienzo con el juramento (BGH 4, 172 [176]). Si el autor cree equivocadamente que mantiene relaciones sexuales con un niño menor de catorce años, entonces existe una tentativa inidónea del § 176 (vid. también la RG 47, 189 [191]).

2. En los **delitos cualificados por el resultado** (vid. *supra* § 26 II 1a) hay que distinguir entre dos grupos de casos:

a) En primer lugar, existe la posibilidad de que el autor ya hubiera ocasionado la consecuencia más grave por medio de la tentativa del delito básico y, en relación con la primera, haya actuado imprudentemente (§ 18) o con grave temeridad. En estos casos hay que aceptar la punición por una tentativa del tipo cualificado si el resultado está conectado con la acción (por ejemplo,

---

[59] Véase la nota anterior (N del T).

[60] Vid. *Lackner*, § 83 núm. 3; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núms. 89 ss. antes del § 22; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 39 núm. 27; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 29 antes del § 22.

[61] Sobre ello vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 117; *G. Koch*, Der Rücktritt pág. 71.

[62] Ello rige también, en contra del criterio de *Coester*, Vorbereitungshandlung págs. 141 ss., también para la complicidad en actos preparatorios dependientes.

en los §§ 177 III[63], 251); en cambio, hay que negarla cuando la consecuencia cualificada se estructura sobre el *resultado* del delito básico (verbigracia, en los §§ 224, 226 [64] [65], 307 [66], 309 [67]), pues en este segundo caso la tentativa del delito básico no representa de conformidad con el tipo una base suficiente para la imputación del resultado más grave[68].

Ejemplos: Existe tentativa de violación con resultado de muerte (§ 177 III[69]) si el uso de la violencia conduce ya a la muerte de la víctima antes de que haya tenido lugar la relación sexual (RG 69, 332). Lo mismo rige para el § 251 (RG 62, 422 [423]). En el incendio con resultado de muerte (§ 307 núm. 1[70]), por el contrario, ésta debe haber sido producida por el incendio mismo y no por la sustancia inflamable (RG 40, 321 [324]; aparentemente también BGH 20, 230 [231]; de otra opinión, sin embargo, BGH 7, 37 [39]).

b) Diferentes son los supuestos en los que el autor realiza el delito básico en grado de tentativa o de consumación persiguiendo, además, la producción del resultado más grave que no consigue. Estos casos también están comprendidos dentro de los tipos cualificados por el resultado pues el § 18 no excluye el ocasionamiento doloso del resultado ("por lo menos")[71]. Si ese resultado no tiene lugar

---

[63] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 178 (N del T).

[64] Por el contrario, la BGH 14, 110 (112), así como la 31, 96 (100), se conforman con que la causa del resultado de muerte sea la *acción* constitutiva de la lesión corporal (de otra opinión, RG 44, 137 [139]). De acuerdo *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 226 núm. 5; *Stree,* GA 1960, págs. 290 ss., quien incluso considera suficiente una *tentativa* de lesión corporal (pág. 296). En contra, con razón, *Lackner,* § 226 núm. 2.

[65] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 227 (N del T).

[66] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306 b (N del T).

[67] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306 d (N del T).

[68] Asimismo, *Dreher/Tröndle,* § 18 núm. 4; *Geilen,* Jura 1979, pág. 614; *Blei,* Allg. Teil pág. 222; *Lackner,* § 18 núm. 9; *LK(9.ª) (Vogler)* nota preliminar núms. 74 ss. antes del § 22; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 642; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 18 núm. 9; *SK (Rudolphi)* § 18 núm. 7. Con otra opinión al respecto, *Ulsenheimer,* GA 1966, págs. 267 ss., quien recurre al criterio de que el *peligro* especial que lleva consigo el delito básico se haya materializado en la consecuencia más grave. Por el contrario, la tentativa es por lo general excluida por *Maurach/Gössel/*Zipf, Allg. Teil II § 43 núm. 115, porque los delitos cualificados por el resultado –frente al § 11 II— son considerados como hechos imprudentes. En contra, con razón, se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Lackner,* § 11 núm. 24.

[69] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 178 (N del T).

[70] La remisión debe entenderse realizada al actual § 306 c (N del T).

[71] Asimismo, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 487; *Dreher/Tröndle,* § 18 núm. 6; *Laubenthal,* JZ 1987, pág. 1068; *LK (9.ª)(Vogler)* nota preliminar núms. 83 ss. antes del § 22; *Lackner,* § 18 núm. 10; *Hirsch, GA* 1972, pág. 75 nota a pie núm. 50; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 18 núm. 10; *SK (Rudolphi)* § 18 núm. 8; *Stree,* GA 1960, pág. 295; *Ulsenheimer,* GA 1966, págs.

el autor es castigado por tentativa del delito cualificado, en la medida en que su comportamiento no resulte comprendido por un tipo doloso más grave.

Ejemplos: Existe tentativa de detención ilegal grave según el § 239 II (privación de libertad durante más de una semana) cuando el autor, con la finalidad de liberarse de un pariente incómodo, lo interna en un establecimiento cerrado a sabiendas de su ilegalidad de donde es inmediatamente puesto de nuevo en libertad por estar mentalmente sano (RG 61, 179; BGH 10, 306 [309]; BGH GA 1958, 304). Lo mismo debe regir para el § 224 pues aquí el resultado más grave puede ser ocasionado con dolo eventual (BGH 21, 194; con comentario disidente de *Schröder*, JZ 1967, pág. 368); no obstante, si se proyectaba originar el resultado más grave existe una tentativa del § 225 II[72].

3. Acerca de la *tentativa del delito omisivo* vid. *infra* § 60 II; sobre la *tentativa de la participación* vid. *infra* § 65 II, III; en relación con la *tentativa de la autoría mediata* vid. *infra* § 62 IV 1; respecto a la *tentativa de la coautoría* vid. *infra* § 63 IV 1.

4. En los delitos de comisión la **tentativa de la actio libera in causa dolosa** (vid. *supra* § 40 VI 2) no comienza con la provocación de la incapacidad de acción o de culpabilidad, sino sólo con la puesta en marcha de la ejecución de la acción conminada con pena, porque antes está ausente tanto una puesta en peligro inmediata del bien jurídico protegido como la fuerza de impresión externa del suceso[73]. En los delitos de omisión (omissio libera in causa) la tentativa es conectada con el momento en que tiene lugar la falta de libertad, pues aquí no existe un comienzo de la ejecución en el sentido de los delitos comisivos[74]. Lo correcto es, sin embargo, entender que la tentativa comienza a partir del instante en que el sujeto debía haber iniciado la acción que le era obligada.

VIII. El delito de emprendimiento

1. El Código penal contiene algunos tipos en los que está conminado con pena el "emprendimiento" (*Unternehmen*) de un delito. Por tal considera la Ley

---

273 ss. En contra, respecto al Derecho austríaco *Schmoller*, JBl 1984, págs. 654 ss. con referencias adicionales en nota a pie núm. 13.

[72] La remisión debe entenderse realizada al actual § 226 II (N del T).

[73] Asimismo, *Scönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 55; *LK (9.ª) (Vogler)* § 22 núms. 106 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 551 y, parcialmente también, *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 617 ss. La postura de *Roxin*, Maurach-Festschrift págs. 220 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 20 núm. 19; *Puppe*, JuS 1980, pág. 347; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 21 y de *Maurach*, JuS 1961, pág. 374, de que la tentativa comienza ya con la aparición de la embriaguez no puede ser compartida, pues la actio libera in causa no determina ningún adelantamiento de la acción típica.

[74] Así, *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 56 en contra de *Maurach*, JuS 1961, págs. 374, 377.

tanto la tentativa como la consumación del hecho punible (§ 11 I núm. 6) (acerca de la evolución legal vid. la 2.ª ed. de esta obra pág. 397). El sentido de la configuración del tipo como un delito de emprendimiento radica en una agravación de la reacción penal, pues aquí la tentativa no es tratada más levemente sino que se la equipara a la consumación.

2. En el **tratamiento de los delitos de emprendimiento** rigen las siguientes reglas[75]:

En los casos en los que el emprendimiento ha quedado en grado de tentativa la pena no puede ser atenuada de acuerdo con el § 23 II, pues aquél siempre debe ser castigado como si de una consumación se tratara. La frontera del delito de emprendimiento con los actos preparatorios transcurre del mismo modo que en la tentativa; estos últimos se encuentran, pues, fuera del concepto de emprendimiento. Mientras que la tentativa es punible como delito de emprendimiento, en cambio, los estadios previos a éste —es decir, en cierto modo la "tentativa de la tentativa"— son impunes pues de lo contrario esa fase previa se adelantaría demasiado[76]. No obstante, el delito de emprendimiento es punible en los casos de tentativa con medios y objeto inidóneos porque cuando el emprendimiento se detiene en el estadio de la tentativa también se trata de una tentativa en el sentido del § 22 (RG 39, 321 [323 f.]; 56, 225; 72, 80). La disposición sobre desistimiento del § 24 no se tiene en cuenta para el delito de emprendimiento porque está conminada la pena de la consumación, si bien las disposiciones especiales existentes sobre el desistimiento (§§ 31, 83a y 316a[77]) son aplicables analógicamente a todos los delitos de emprendimiento, incluidos los "impropios" (vid. *infra* § 51 V 3)[78]. En los delitos de emprendimiento "impropios" (vid. *supra* § 26 II 7) sólo

---

[75] Vid., más detenidamente, *Berz*, Formelle Tatbestandsverwirklichung págs. 125 ss.; *Schröder*, Kern-Festschrift págs. 459 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 11 núm. 34; *LK (9.ª)(Vogler)* nota preliminar núms. 93 ss. antes del § 22; *Schönke/Schröder/Eser*, § 11 núms. 46 ss.; *SK (Rudolphi)* § 11 núms. 23 ss.; *Weber*, ZStW Beiheft Göttingen 1987 págs. 7 ss. La opinión divergente de *Burkhardt*, JZ 1971, págs. 352 ss., que pretende desgajar los supuestos de ausencia de tipo del concepto de emprendimiento no tiene en cuenta el desarrollo histórico que ha tenido lugar desde hace un siglo ha tenido apoyo en la tentativa y que está reconocido por la jurisprudencia y la doctrina.

[76] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid., por ejemplo, *LK (11.ª) (Tröndle)* § 11 núm. 74 con referencias adicionales; *Burkhardt*, JZ 1971, pág. 357.

[77] Salvo error u omisión en la actualidad no está previsto expresamente el desistimiento en este delito (vid. §§ 316a II y 320) (N del T).

[78] Así, *Schönke/Schröder/Eser*, § 11 núms. 51 ss.; *Schröder*, Kern-Festschrift págs. 462 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 733. En relación con la aplicación analógica *Berz*, Stree-Wessels-Festschrift págs. 336 ss.; BGH 15, 198 (199); *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 480; *Dreher/Tröndle*,

es punible la tentativa con medios inidóneos y no la que se basa en un objeto de tal carácter pues, prescindiendo de la aptitud del emprendimiento para alcanzar su objetivo, deben concurrir la totalidad de los elementos del tipo[79].

Ejemplo: En el encubrimiento real (§ 257) no resulta trascendente si la prestación del auxilio realmente asegura al autor las ventajas del delito. Sin embargo, no basta para su castigo si tan sólo el autor cree erróneamente que el objeto al que va referida la prestación del auxilio procede de un hecho antijurídico previo.

IX. Derecho extranjero[80]

En las dos cuestiones más polémicas de la teoría de la tentativa el Derecho *extranjero* muestra una imagen multicolor. El StGB *austríaco* extiende generalizadamente la conminación penal de los delitos dolosos a la tentativa y sólo prevé una atenuación para ésta dentro del marco ordinario de la pena (§§ 15 I, 34 núm. 13). En la delimitación entre tentativa y preparación se utiliza en el § 15 II una fórmula objetivo-individual cercana a la alemana del § 22, que obliga a la jurisprudencia a abandonar el punto de vista puramente subjetivo[81] mantenido hasta ahora (vid., por ejemplo, OGH EvBl 1975, 71)[82]. La tentativa absolutamente inidónea queda impune (§ 15 III)[83]; en la delimitación frente a los actos preparatorios se recurre a la teoría de la impresión[84]. La

---

§ 11 núm. 34; *LK (10.ª) (Tröndle)* § 11 núm. 77; *Burkhardt,* JZ 1971, págs. 357 ss.; *Preisendanz,* § 11 comentario VI 1; *Jakobs,* Allg. Teil 25/5; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 40 núm. 82; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 640 nota a pie núm. 34; *SK (Rudolphi)* § 11 núms. 26 y 30.

[79] Así, *Burkhardt,* JZ 1971, pág. 355; *Schönke/Schröder/Eser,* § 11 núm. 66; de otra opinión *Bockelmann,* NJW 1951, págs. 622 ss.; *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte págs. 234 ss.; *Waider,* GA 1962, págs. 183 ss. A favor del castigo sólo en el caso de que se trate una tentativa idónea *SK (Rudolphi)* § 11 núm. 29.

[80] Acerca del problema especial de la tentativa y el desistimiento cuando actúan varios intervinientes vid. *Jescheck,* ZStW 99 (1987) págs. 111 ss.; en relación con el delito de emprendimiento vid. las aportaciones de *Platzgummer, Grasso, Györgyi, Spotowski* in ZStW-Beiheft Göttingen 1987. Una visión comparada del Derecho alemán y del polaco la suministra *Spotowski,* Erscheinungsformen págs. 32 ss., 52 ss., 63 ss., 79 ss.

[81] Vid. las sentencias citadas por *Rittler,* Tomo I pág. 262 y su crítica (pág. 263); *Nowakowski,* Grundriß pág. 91; *Burgstaller,* JBl 1969, pág. 522.

[82] Vid. *Burgstaller,* JBl 1976, págs. 117 ss.; *el mismo,* Strafrechtliche Probleme 3 págs. 7 ss.; *Leukauf/Steininger,* § 15 núm. 6; *Foregger/Serini,* § 15 comentario V con jurisprudencia; *WK (Hager/Massauer)* §§ 15, 16 núm. 30; *Triffterer,* Allg. Teil págs. 356 ss.; *Kienapfel,* Grundriß Z 21 núm. 17.

[83] Vid. *Burgstaller,* JBl 1969, págs. 523 ss., 530 ss.; *Roeder,* Der Allgemeine Teil págs. 33 ss.; *Platzgummer,* JBl 1971, pág. 246; *Kienapfel,* Grundriß Z 24 núm. 10. En relación con la limitación del concepto de inidoneidad por parte de la jurisprudencia vid. *Fuchs,* ÖJZ 1986, pág. 257.

[84] Así, *Burgstaller,* JBl 1976, pág. 122.

jurisprudencia *suiza* ha subjetivizado intensamente la fórmula de delimitación objetiva del art. 21 I StGB en el sentido de la "teoría de la irrevocabilidad"[85] (BGE 71, IV 211; 83 IV 145; 87 IV 155)[86] y castiga también, de conformidad con el art. 23 I StGB, la tentativa inidónea[87]. En *Francia* el Código penal de 1994 acoge en el art. 121-5 la definición de tentativa contenida en el Código penal de 1810[88]; de acuerdo con ello, la nueva disposición exige un comienzo en la ejecución y contiene implícitamente una regulación del desistimiento. La jurisprudencia atiende a la relación inmediata con el tipo[89] y castiga también la tentativa inidónea[90]. El C.p. *italiano* exige en su art. 56 I que las acciones se dirijan de forma inequívoca a la realización del delito y, de acuerdo con el art. 49 II, que sean también idóneas para ello; ambos requisitos son interpretados objetivamente[91]. El proyecto se orienta a la regulación del Derecho vigente (art. 19). La teoría y praxis *inglesa* sigue la tesis del "dolus ex re" ("mens rea must be evidenced by what the accused has actually done") y considera también punible la tentativa inidónea; las cuestiones probatorias se encuentran en un primer plano[92]. La Sección 1.ª del Criminal Attempts Act 1981 define la tentativa como el "act which is more than merely preparatory to the commission of the offence" y declara punible la tentativa inidónea. La interpretación de la definición en la práctica es rigurosa, pero hay acciones preparatorias de carácter autónomo que son punibles y que alcanzan el estadio previo de los delitos más importantes (por ejemplo, posesión ilegal de armas de fuego o de instrumentos para el robo)[93]. En la abundante praxis *norteamericana* son asimismo empleados criterios objetivos en la delimitación entre preparación y tentativa,

---

[85] En adhesión a *Germann*, Verbrechen págs. 191 ss. y *Waiblinger*, SchwZStr 72 (1957) pág. 127. Pero, básicamente, mostrándose a favor de la teoría objetiva, *Hafter*, Allg. Teil pág. 204. Al respecto, *Schultz*, Einführung I págs. 270 ss.; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 281 ss.

[86] Vid. *Pfenninger*, Das schweizerische Strafrecht pág. 232; *Noll*, GA 1970, págs. 181 ss.

[87] *P. Albrecht*, Der untaugliche Versuch págs. 53 ss.

[88] *Desportes/Le Gunehec*, Présentation núm. 26; *Pradel*, Le nouveau Code pénal núm. 30; Circulaire pág. 29.

[89] *Merle/Vitu*, Traité I núms. 468 ss.; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 197-1; *Jeandidier*, Droit pénal général núms. 216 ss.

[90] *Merle/Vitu*, Traité I núms. 482 ss.; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núms. 206 ss.; *Jeandidier*, Droit pénal général núms. 225 ss.

[91] *Mantovani*, Diritto penale págs. 442, 459 ss.; *Pagliaro*, Principi págs. 506 ss.; *Romano*, Commentario Art. 56 C.p. núm. 18; Art. 49 C.p. núms. 14 ss.

[92] Vid. *Kenny/Turner*, Outlines págs. 104, 106 ss.; *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 622 ss., 635 ss. con numerosas referencias; *Smith/Hogan*, Criminal Law págs. 304 ss., 317 ss., con jurisprudencia reciente.

[93] Asimismo, la Law Commission ha asumido el Criminal Attepmpts Act 1981 en su cláusula 53 del Proyecto de Código Criminal; vid., al respecto, Law Commission, Report págs. 140 ss.

y en la tentativa inidónea se acepta la impunidad en los supuestos de "legal impossibility" y de "apparent impossibility"[94]. La definición de la tentativa en la legislación exige de acuerdo con la Sección 5.01 (1)[c] Model Penal Code "an act ... constituting a substantial step in a course of conduct planned to culminate in the commission of a crime". En la delimitación entre entre tentativa y actos preparatorios el Derecho *español* sigue un punto de vista objetivo estricto (art. 3 III C.p.), pero desde la nueva redacción del año 1944 se sanciona también la tentativa inidónea (art. 52 II C.p.)[95]. En Derecho *holandés* (el art. 45 W.v.S. sigue al art. 2 del C.p. francés de 1810) la cuestión de la delimitación se resuelve mayoritariamente desde un punto de vista objetivo[96] y la tentativa absolutamente inidónea es excluida del ámbito de la punibilidad[97]. El Código penal *belga* acoge en su art. 51 la definición de tentativa contenida en el art. 2 del Código penal francés de 1810. En torno a la delimitación de la tentativa frente a los actos preparatorios se recurre al comienzo de la ejecución[98]. La tentativa absolutamente inidónea no es punible[99]. El Derecho *brasiliano* se sitúa en un punto rigurosamente objetivo al exigir para la tentativa el comienzo de la ejecución (art. 14 II C.p.). En la doctrina también es dominante un delimitación objetiva[100].

---

[94] Vid. *Honig,* Das amerikanische Strafrecht págs. 177 ss., 186 ss. con numerosas referencias; *Lehmann,* Die Bestrafung des Versuchs págs. 78 ss., 116 ss.

[95] Vid. *Antón Oneca,* Derecho penal págs. 410, 416 ss.; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,* Derecho penal págs. 783 ss., 791; *Cobo del Rosal/Vives Antón,* Derecho penal págs. 548 ss., 555 ss. (pág. 557: impunidad de la tentativa absolutamente inidónea); *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo,* art. 3 párrafos 2 y 3, comentario III 1 b y art. 51 y 52, comentario II 2; *Mir Puig,* Adiciones Tomo II págs. 718 ss. [En el C.p. de 1995 los actos preparatorios punibles (conspiración, proposición y provocación) ya sólo se castigan cuando la Ley así expresamente lo determina (arts. 17.3 y 18.2). La tentativa aparece definida desde un punto de vista objetivo en el art. 16.1: "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor". Ha desaparecido cualquier referencia legal a la punición de la tentativa inidónea, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha aceptado ya su castigo cuando se trata de una inidoneidad relativa. Y, finalmente, el desistimiento aparece regulado en los apartados 2.º y 3.º del art. 16 (N del T)].

[96] Vid. *van Bemmelen/van Veen,* Ons strafrecht págs. 235 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink,* Inleiding págs. 393 ss.

[97] *Pompe,* Handboek págs. 214 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink,* Inleiding págs. 398 ss.

[98] *Dupont/Verstraeten,* Handboek núm. 542; *Hennau/Verhaegen,* Droit pénal général núm. 185; *Tulkens/van de Kerchove,* Introduction págs. 232 ss.

[99] *Dupont/Verstraeten,* Handbock núm. 551; *Hennau/Verhaegen,* Droit pénal général núm. 200 *bis*; *Tulkens/van de Kerchove,* Introduction págs. 235 ss.

[100] *Fragoso,* Lições págs. 251 ss.; *de Jesus,* Comentários, art. 14 comentario 2 c; *da Costa j.r.,* Comentários, art. 14 comentario Anmerkung (pág. 145).

§ 50 La tentativa inidónea y el delito irreal

P. Albrecht, Der untaugliche Versuch, 1973; *Baumann,* Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht, NJW 1962, pág. 16; *Bindokat,* Zur Frage des doppelten Irrtums, NJW 1963, 745; *Blez,* Das Wahnverbrechen, JA 1973, 601; *Bruns,* Zur Frage der Strafbarkeit des "Versuchs" eines untauglichen Subjekts, DStr 1938, pág. 161; *el mismo,* Der untaugliche Täter im Strafrecht, 1955; *el mismo,* Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts, GA 1979, pág. 161; *Burkhardt,* Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ 1981, pág. 681; *el mismo,* Zur Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt im Steuerstrafrecht, wistra 1982, pág. 178; *Dicke,* Zur Problematik des untauglichen Versuchs, JuS 1968, pág. 157; *Engisch,* Der "umgekehrte Irrtum" und das "Umkehrprinzip", Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 185; *Foth,* Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens, JR 1965, pág. 366; *Gössel,* Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. StrRG, GA 1971, pág. 225; *Haft,* Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, pág. 588; *Hardwig,* Der Versuch bei untauglichem Subkekt, GA 1957, pág. 170; *Heidingsfelder,* Der umgekehrte Subsumtionsirrtum, 1991; *Herdegen,* Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, BGH-Festschrift, 1975, pág. 195; *Herzberg,* Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH, JuS 1980, pág. 469; *el mismo,* Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch? NStZ 1990, pág. 311; *Hirsch,* Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960; *Armin Kaufmann,* Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 277; *Kohn,* Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen, Strafr. Abh. Heft 53, 1904; *Kriegsmann,* Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, Strafr. Abh. Heft 51, 1904; *Kuhlen,* Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *Langer,* Das Sonderverbrechen, 1972; *Maurach,* Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens, NW 1962, págs. 716, 767; *Nierwetberg,* Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum usw., Jura 1985, pág. 238; *Nowakowski,* Besprechung von Welzel, Das deutsche Strafrecht, JZ 1958, pág. 415; *Puppe,* Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 199; *Roxin,* Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959; *Sax,* Zum logischen und sachlichen Gehalt des sog. "Umkehrschlusses aus § 59 StGB", JZ 1964, pág. 241; *Schlüchter,* Der Irrtum über normativa Tatbestandsmerkmale, 1983; *la misma,* Grundfälle zum Bewertungsirrtum, JuS 1985, pág. 373; *Schneider,* Der abergläubische Versuch, GA 1955, pág. 265; *Schoetensack,* Verbrechensversuch und deutscher Strafgesetz-Vorentwurf, Festschrift für K. Binding, Tomo II, 1911, pág. 375; *el mismo,* Versuch und der Amtliche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB, GS 91 (1925) pág. 378; *Schünemann,* Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft usw., GA 1986, pág. 293; *Seidman,* Witch Murder and Mens Rea: A Problem of Society under Radical Social Change, Modern Law Review 28 (1965) pág. 46; *Spendel,* Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, ZStW 69 (1957) pág. 441; *Stöger,* Versuch des untauglichen Täters, 1961; *Stratenwerth,* Der Versuch des

untauglichen Subjekts, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 59; *Struensee,* Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW 102 (1990) pág. 21; *Traub,* Die umgekehrte "Parallelwertung in der Laiensphäre" — Wahndelikt oder untauglicher Versuch? JuS 1967, pág. 113; *Zaczyk,* Das Unrecht der versuchten Tat, 1990.

Vid., además, las referencias bibliográficas anteriores al § 49.

I. La punibilidad de la tentativa inidónea

1. Existe una tentativa inidónea cuando la acción del autor dirigida a la realización de un tipo penal, bajo ciertas circunstancias, no puede alcanzar la consumación del hecho por razones fácticas o jurídicas. Ello sucede en los casos de **inidoneidad del objeto**, del **medio** o del **sujeto**. También pertenecen aquí los supuestos en los que el *objeto de la acción* previsto por el autor *no se encuentra en el lugar del hecho* o, en contra de su expectativa, permanece alejado de éste (inidoneidad del medio).

Ejemplos: La tentativa de homicidio de un cadáver (RG 1, 451 [452]) es tentativa sobre un objeto inidóneo, la tentativa de aborto con pastillas para el dolor de cabeza (RG 17, 58) es tentativa con un medio inidóneo, la tentativa de aborto sobre una mujer no embarazada con un analgésico inocuo (RG 34, 217) es tentativa sobre un objeto inidóneo con un medio del mismo carácter; todas lo son, además, por razones fácticas. La tentativa de estafa ante la legalidad de la ventaja patrimonial perseguida (RG 42, 92) o la tentativa de hurto desconociendo el consentimiento del titular de su custodia (RG JW 1926, pág. 2752) son tentativas sobre un objeto inidóneo por causas jurídicas. La tentativa sobre un sujeto inidóneo es la comisión de un delito de funcionarios por alguien que no conoce la nulidad de su nombramiento como empleado público. La promoción de acciones sexuales de un menor por parte de alguien que, en virtud de un testamento, se cree tutor de la víctima, es una tentativa del § 180 III cometida por un sujeto inidóneo. Existe también tentativa en virtud de la utilización de medios inidóneos cuando los ladrones se ponen en movimiento con la llegada del tranvía pero no encuentran, tal y como esperaban, al cobrador en su interior (BGH NJW 1952, pág. 514), así como cuando el carterista encuentra el bolsillo vacío o con el disparo de una pistola a la víctima esperada que se encuentra lejos del lugar del hecho (RG 77, 1 [2]). Tentativa con medios inidóneos es también el envío de un intermediario que sólo aparentemente ha aceptado el sombrío encargo de un asesinato (BGH 30, 363 [366]).

El tratamiento penal de todos estos casos depende de los motivos en los cuales se hace residir el merecimiento de pena de la tentativa (vid. *supra* § 49 II). La vieja discusión en torno a la punición de la tentativa inidónea se encuentra actualmente esencialmente resuelta en el sentido de entender que también la tentativa inidónea es punible, siempre que no resulte completamente inadecuada para menoscabar el sentimiento de seguridad de la colectividad.

En este punto, anteriormente fueron defendidas dos opiniones diversas:

2. La **teoría objetiva** exigía que la acción determinara una *puesta en peligro real* del objeto de de protección. Partía del *injusto de resultado* como la verdadera causa del merecimiento de pena del hecho y, de acuerdo con ello, también demandaba de la tentativa que se presentara como el origen del injusto de resultado. La teoría objetiva ha dejado de se compatible con el Derecho vigente (§§ 22, 23 III) y posee ya pocos defensores[1] (profundizando en este tema vid. la 2.ª ed. de esta obra, pág. 400).

3. También la **teoría de la ausencia de tipo**, que quiso limitar conceptualmente la tentativa a la carencia de tipo (vid. la 2.ª ed. de esta obra pág. 400), contradice el Derecho vigente pues del § 23 III se deriva el mismo tratamiento para los casos de inidoneidad del objeto y de los medios[2].

4. Según la **teoría de la impresión** es la voluntad hostil del autor hacia el Derecho la que resulta decisiva para la punibilidad de la tentativa, pero no como manifestación por sí misma sino entendida como efecto que surge del hecho y se proyecta sobre la comunidad. La confianza de la colectividad en la vigencia del Ordenamiento jurídico sería menoscabada si permaneciera impune aquel que proyecta seriamente un delito importante y se pone en marcha para su ejecución. También un hecho que no puede ser consumado a causa de que el autor pasó por alto un obstáculo esencial puede poseer ese efecto, puesto que al fin y al cabo el autor se ha mostrado capaz para cometerlo y la ausencia del resultado puede descansar en el azar (vid. *supra* § 49 II 3). El perjuicio para la comunidad ocasionado tanto por la tentativa idónea como por la inidónea reside en el menoscabo de la conciencia de una paz jurídica asegurada, aunque a la primera de ellas se añade también la puesta en peligro del objeto de la acción tutelado penalmente. Esta teoría derivada de la prevención general como misión del Derecho penal es actualmente dominante[3]. En correspondencia con ello el § 22 atiende a la "re-

---

[1] Así, *Spendel*, NJW 1965, pág. 1881; *el mismo*, Stock-Festschrift págs. 89 ss.; vid. también *Dicke*, JuS 1968, pág. 161.

[2] No obstante, a favor de la teoría de la ausencia de tipo, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 607. De otra opinión en la actualidad, *Schmidhäuser*, Studienbuch pág. 344 y *Alwart*, Strafwürdiges Versuchen págs. 163 ss.; cuya teoría dualista de la tentativa deja impunes los casos de dolo eventual en la tentativa; vid. al respecto, *SK (Rudolphi)* nota preliminar 13a antes del § 22.

[3] *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 497 ss.; *Blei*, Allg. Teil págs. 230 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 210; *Burgstaller*, JBl 1976, pág. 122; *Dreher/Tröndle*, § 22 núm. 24; *LK (10.ª) (Vogler)* § 22 núm. 136; *Lackner*, § 22 núm. 12; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 40 núm. 140; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 65; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 685; *Welzel*, Lehrbuch pág. 193; *Wessels*, Allg. Teil núm. 594; *SK (Rudolphi)* § 23 núm. 5. Por el contrario, *Struensee*, ZStW 102 (1990) págs. 44 ss., exceptúa de la punibilidad de la tentativa inidónea el supuesto de tentativa cometido por el autor que cree en la idoneidad de medios que son inidóneos por la propia ley de la naturaleza (por ejemplo, el caso resuelto por la RG 1, 439).

presentación del hecho" que se hace el autor, pero permite prescindir de la pena en el caso de una tentativa absolutamente inidónea que se deba a la completa irracionalidad del autor (§ 23 III). También la jurisprudencia ha afirmado desde un principio la punibilidad de la tentativa inidónea, si bien en parte sobre la base de una teoría puramente subjetiva:

Ejemplos: Tentativa de aborto con medios inidóneos (RG 1, 439 [441]; 17, 158); tentativa de aborto sobre una mujer no embarazada (RG 8, 198 [203]); tentativa de aborto sobre una mujer no embarazada con medios inidóneos (RG 34, 217 [219]); efectuar acciones obscenas con un niño al que erróneamente se le toma por un menor de catorce años (RG 39, 316); tentativa de hurto con error del autor acerca del consentimiento del titular de la custodia de la cosa (RG JW 1926, pág. 2752; BGH 4, 199); tentativa de receptación por la aceptación errónea de un hecho previo delictivo (RG 64, 130 [132]); tentativa de falso testimonio ante la aceptación errónea de la competencia de la autoridad (BGH 3, 248 [255]); tentativa de robo cuando la víctima no aparece en el lugar del hecho (BGH NJW 1952, pág. 514); tentativa de homicidio con una dosis de veneno pequeña (BGH 11, 324).

5. En atención al requisito de la impresión del suceso jurídicamente lesiva, de acuerdo con el Derecho vigente hay que exigir dos requisitos para la punibilidad de la tentativa inidónea:

a) De un lado, al igual que en la tentativa idónea, el autor debe **haber puesto en marcha** de forma inmediata la acción ejecutiva de acuerdo con su plan global (vid. *supra* § 49 IV 3). Para la tentativa inidónea esto significa que la acción, en la cuestión de la delimitación con los actos preparatorios, es considerada del mismo modo que si fuera idónea (así, expresamente, § 22).

Ejemplos: La compra de medios abortivos por una mujer que no está embarazada es un acto preparatorio y la utilización de los mismos tentativa de aborto (RG 18, 198 [200 ss.]) que, desde luego, ya ha dejado de ser punible para la mujer (§ 218 IV 2).

b) De otro, la tentativa debe presentar un mínimo de aptitud para el menoscabo de la confianza en la inquebrantabilidad del Ordenamiento jurídico. Este último presupuesto falta cuando el hecho, de acuerdo con la naturaleza del objeto al que se dirige o los medios con los que fue comenzado, **"en ningún caso" pudo alcanzar la consumación** y el autor ha desconocido esta circunstancia a causa de una **completa irracionalidad** (§ 23 III).

aa) Por medio de la delimitación *objetiva* deben quedar fuera del ámbito de lo punible los casos en los que no existió "ni una puesta en peligro concreta ni tampoco abstracta" (BT-Drucksache V/4095 pág. 12). La antigua disputa sobre la delimitación entre la tentativa inidónea absoluta y relativa (vid. la 2.ª ed. de

esta obra, pág. 400) no necesita reavivarse[4]. En absoluto puede trazarse una línea fronteriza inequívocamente lógica; a efectos prácticos es más que suficiente el criterio del hombre medio dotado de reflexión que, conociendo el plan delictivo, no puede tomarse en serio el hecho[5].

bb) Sin embargo, la delimitación sólo adquiere contornos inequívocos por medio del elemento *subjetivo*[6]. Conocimiento plenamente irracional no es la representación equivocada sobre los hechos, incluso aunque el autor hubiera podido evitarlo prestando una mínima atención (ejemplo: el sujeto coge erróneamente de la despensa agua destilada en lugar del ácido clorhídrico que está al lado), sino una "idea completamente desacertada de las leyes de la causalidad comúnmente conocidas" (E 1962, Fundamentación pág. 145)[7].

Ejemplos: Tentativa de aborto con manzanilla (RG 1, 439). Por el contrario, no fue aplicada la cláusula de irracionalidad del art. 23 II StGB suizo a una tentativa de aborto practicada con baños de mostaza y agua jabonosa debido a que estos medios se consideran "idóneos por amplios círculos de la población" (schweiz. BGE 70 IV 49 [50])[8]. El intento de derribar un avión con una pistola descansa sobre una completa irracionalidad, pero no la sobrevaloración del alcance de un arma de fuego.

A pesar de que en estos casos hay que negar en el fondo la necesidad de pena, la restricción de la punibilidad de la tentativa inidónea por medio del § 23 III no conduce, desde luego, a la completa impunidad (como sí sucede con el § 15 österr. StGB)[9], sino tan sólo a la posibilidad de prescindir de la pena o a una atenuación facultativa de acuerdo con el § 49 II; no obstante, la primera de las alternativas debe constituir la regla general (BT-Drucksache V/4095 pág. 12).

---

[4] Vid. *Lackner*, § 23 núm. 6; *Roxin*, Einführung pág. 18; *Schönke/Schröder/Eser*, § 23 núm. 15. Manifestando objeciones en relación a esto, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 210.

[5] En este sentido camina el § 1962 Fundamentación pág. 145; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 210; *Burgstaller*, JBl 1976, pág. 122; *Gössel*, GA 1971, pág. 228; *LK (10.ª)(Vogler)* § 23 núm. 33; *Lackner*, § 23 núm. 6; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 40 núm. 191; *Preisedanz*, § 23 comentario 6a.

[6] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 23 núm. 6; *LK (10.ª)(Vogler)* § 23 núms. 34 ss.; *Lackner*, § 23 núm. 8; *Roxin*, Einführung pág. 18; *Schönke/Schröder/Eser*, § 23 núm. 17. En el § 15 III österr. StGB falta este segundo criterio.

[7] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 23 núm. 6; *Gössel*, GA 1971, pág. 225; *Lackner*, § 23 núm. 8; *Roxin*, Einführung pág. 19; *Schönke/Schröder/Eser*, § 23 núm. 17; *SK (Rudolphi)* § 23 núm. 7; *Wessels*, Allg. Teil núm. 620; *Herzberg*, NStZ 1990, pág. 317, pretende extender el § 23 III incluso a la tentativa con dolo eventual.

[8] Crítico al respecto, *P. Albrecht*, Der untaugliche Versuch págs. 56 ss.

[9] Mostrándose críticos con ello, *J. Meyer*, ZStW 87 (1975) pág. 615; *Roxin*, Einführung págs. 21 ss.; *Schönke/ Schröder/Eser*, § 23 núm. 18; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 694 ss.; LK *(10.ª) (Vogler)* § 23 núm. 36.

6. Permanece **impune** la **tentativa irreal o supersticiosa** (vid. con otra opinión la 2.ª ed. de esta obra pág. 402, nota a pie núm. 7a)[10] como, por ejemplo, el intento de matar a una persona por medio de una invocación al diablo (RG 33, 321). Por regla general aquí está ya ausente el dolo[11] pero, incluso aunque formalmente pudiera afirmarse la existencia de una tentativa, la utilización de hechizos y métodos similares no podrían producir ya ninguna impresión sobre la comunidad[12]. Cosa distinta es, naturalmente, si un grupo perteneciente a una secta extremista intenta matar a una persona con medios *reales* pero por motivos irreales.

II. La impunidad del delito irreal

1. Distinto de la tentativa inidónea es el **delito irreal** que existe cuando el autor se representa erróneamente la punibilidad de su comportamiento. De acuerdo con la concepción más extendida, aquél queda impune debido a que los límites de la punibilidad son determinados por la Ley y no por las creencias del autor[13]. La diferencia entre la tentativa inidónea y el delito irreal es en principio fácil de describir: en la primera el autor acepta erróneamente la existencia de un elemento objetivo del tipo (**error de tipo inverso**). En el segundo, por el contrario, el error se refiere a la existencia de la prohibición del hecho: el autor cree equivocadamente que con su comportamiento contraviene una norma prohibitiva que en realidad

---

[10] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 498 ss.; *Blei,* Allg. Teil pág. 232; *Dreher/Tröndle,* § 23 núm. 5; *LK (10.ª)(Vogler)* § 23 núm. 30; *Gössel,* GA 1971, pág. 235; *Jescheck,* SchwZStr 91 (1975) pág. 30; *Lackner,* § 22 núm. 14; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 40 núm. 142; *Jakobs,* Allg. Teil 25/22; *J. Meyer,* ZStW 87 (1975) pág. 618; *Roxin,* Einführung pág. 20; *Schönke/Schröder/Eser,* § 23 núms. 13 ss.; *SK (Rudolphi)* § 22 núms. 34 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 620. Vid., además, *Schneider,* GA 1955, pág. 267. Crítico con la diferenciación entre la completa irracionalidad y la tentativa irreal, *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 692 ss. A favor de la inclusión de la tentativa irreal en el § 23 III *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 499.

[11] Así sucede con el ejemplo clásico de *Graf zu Dohna,* Verbrechenslehre pág. 57, de que alguien "golpea con el pie por creer que de este modo su contrario saltará por los aires".

[12] Vid. *Bockelmann,* Untersuchungen págs. 160 ss. Por el contrario, en África posee un considerable significado social la tentativa de homicidio por medio de la hechicería, perturbando profundamente a la población rural; vid. *Seidman,* Modern Law Review 28 (1965) págs. 46 ss.

[13] Vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 483 ss.; *Foth,* JR 1965, pág. 366; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 40 núm. 51; *Schönke/Schröder/Eser,* § 22 núm. 78; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 30; *Welzel,* Lehrbuch pág. 194; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 601 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núm. 143.

no existe **(error de prohibición inverso)**[14]. Además, el autor puede errar acerca de la *existencia* misma de la norma prohibitiva (el autor cree que es punible la declaración falsa hecha en concepto de acusado, OLG Bamberg NJW 1949, pág. 876), puede interpretar mal los *límites* de una disposición existente (el autor que los cupones sueltos de una cartilla de racionamiento constituyen un documento, BGH 13, 235 [240 ss.]) o, finalmente, puede desconocer el *efecto justificante* de una proposición permisiva (el médico cree punible la interrupción del embarazo por razones médicas) **(error de prohibición inverso)**[15].

Ejemplos: Delito irreal es el error acerca de la aplicabilidad de una ley tributaria que no se corresponde al caso (RG 64, 229 [238 ss.]), el error del conductor sobre la existencia de un deber de espera conforme al § 142 cuando aquél sólo se ha lesionado a sí mismo (BGH 14, 345 [350]), el error relativo al alcance del juramento declarativo (BGH 14, 345 [350]) y el error que versa acerca del deber de garante derivado de unos hechos apreciados correctamente (BGH 16, 155 [160]). Delito irreal es también el error del marido que ante el suicidio de su esposa (que saltó al río Rin con bajas temperaturas y en la oscuridad) se siente obligado a un intento de rescate a pesar de su inutilidad (BGH NJW 1994, pág. 1357). Quien cree haber adquirido en Basilea un valioso reloj suizo y lo oculta a los funcionarios de aduanas cuando en realidad se trata de una imitación barata, comete tentativa de contrabando en tanto que los auténticos relojes suizos deban ser declarados al pasar por la aduana. Por el contrario, comete un delito irreal quien oculta un reloj auténtico por creer que debe ser declarado cuando en realidad está dentro de los artículos exentos de declaración.

2. Mientras que la delimitación entre la tentativa inidónea y el delito irreal es sencilla en los casos de error sobre la existencia de una norma prohibitiva o de

---

[14] Vid. *SK (Rudolphi)* § 22 núms. 30 ss. Crítico al respecto, *Engisch*, Heinitz-Festschrift págs. 190 ss. El "principio de inversión" al que la jurisprudencia se ha acogido repetidas veces (RG 42, 92 [94]; 66, 124 [126 ss.]; 72, 109 [112]; BGH 13, 235 [239 ss.]; 14, 345 [350]) no hay que entenderlo como un argumento adicional a favor de la punibilidad de la tentativa inidónea, sino como un criterio delimitador entre ésta y el delito irreal; y, de hecho, esta distinción depende de *cuál* sea el error que se invierte. Así, acertadamente, *Sax*, JZ 1964, pág. 245; *Baumann*, NJW 1962, pág. 16; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 69; *Schlüchter*, Irrtum págs. 145 ss. Correctamente subraya *Spendel*, ZStW 69 (1957) págs. 449 ss. y NJW 1965, págs. 1885 ss., que la inversión de la regulación contenida en el § 16 no expresa nada acerca de la punición o impunidad de la tentativa inidónea. Con carácter general, acerca de la limitada aplicabilidad de la deducción de la inversión, *Puppe*, Lackner-Festschrift págs. 243 ss.

[15] Vid. *Blei*, JA 1973, págs. 601 ss.; *Roxin*, Offene Tatbestände págs. 159 ss.; *Kriegsmann*, Wahnverbrechen pág. 51; *Kohn*, Der untaugliche Versuch págs. 51 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núms. 79 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 622. Acerca de su desarrollo jurisprudencial vid. *Maurach*, NJW 1962, págs. 716 ss., 767 ss.; *Herzberg*, JuS 1980, pág. 469; *Burkhardt*, JZ 1981, págs. 682 ss.

una proposición permisiva (error sobre su existencia), en cambio, existen considerables dificultades en el error sobre un elemento normativo del tipo (error sobre los límites) porque puede ser dudoso si aquí el autor ha desconocido la dimensión fáctica o el alcance del Derecho penal. En el primer caso existiría una tentativa inidónea mientras que en el segundo un delito irreal[16].

Ejemplos: Delito irreal es la creencia errónea de que un documento falso que contiene una resolución oficial es un documento *público* falso (RG 66, 124 [126]); de que una oficina que ni siquiera es oficial sea competente para la recepción de declaraciones juradas (BGH 1, 13 [16]); de que un papel sea documento en el sentido del § 267 a pesar de la ausencia de indicación sobre su expedidor y su falta de finalidad probatoria (BGH 13, 235 [241]); de que un objeto derivado de una apropiación indebida cae dentro del deber de revelación preceptuado por el § 807 ZPO (BGH 14, 345 [350]); de que una infracción administrativa sea suficiente como hecho previo en el encubrimiento personal (§ 258) (BayObLG JZ 1981, pág. 715) y de que la sala de un tribunal dedicada a la desnacificación[17] sea competente para tomar declaración bajo juramento (OLG Bamberg NJW 1949, pág. 879)[18]. Tentativa inidónea es, por el contrario, la aceptación equivocada de la competencia del tribunal para tomar juramento en un procedimiento en el que éste no está permitido legalmente (BGH 3, 248 [253]; 5, 111 [117]), la creencia errónea de la validez del ofrecimiento como garantía de un vehículo de motor que el autor enajena con ocasión de una tentativa de apropiación indebida (OLG Stuttgart NJW 1962, 65 [66]) y el error acerca de la existencia de un delito en el encubrimiento personal (BGH 15, 210).

Especiales dificultades proporciona el supuesto de un *doble error*. Aquí el autor desconoce un elemento del tipo pero esta equivocación es compensada por un segundo error

---

[16] Vid. *Eser*, Strafrecht II núm. 36 A núms. 16 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 40 núms. 151 ss.; *Nierwetberg*, Jura 1985, pág. 242; *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núms. 84 ss.; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 32. Por el contrario, *Foth*, JR 1965, pág. 370, pretende también aceptar una tentativa inidónea en caso de error de subsunción inverso. La doctrina moderna diferencia entre el "error de Derecho acerca del alcance del tipo" que conduce al delito irreal y el "error de Derecho en el estadio previo al tipo" que debe fundamentar una tentativa; así, *Blei*, JA 1973, pág. 604; *Herdegen*, BGH-Festschrift pág. 206; *Herzberg*, JuS 1980, págs. 472 ss. Diferenciando según los casos, *Heidingsfelder*, Der umgekehrte Subsumtionsirrtum págs. 152 ss. Llendo más allá, *Schönke/Schröder/Eser*, § 22 núm. 89; *Burkhardt*, JZ 1981, págs. 683 ss.; *el mismo*, wistra 1982, págs. 179 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 25/42, sostienen frente a la jurisprudencia que todo error de Derecho conduce al delito irreal. En contra, con razón, *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núms. 147 ss.; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 32b. Tampoco la distinción hecha por *Haft*, JuS 1980, pág. 591, entre error conceptual y el referido al objeto conduce a una solución satisfactoria.

[17] En el texto original se emplea la expresión "Spruchkammer", con la cual se designaba a los tribunales competentes para erradicar el nazismo en Alemania; de ahí que hagamos uso de la expresión "desnacificación" (N del T).

[18] Discrepa *Traub*, JuS 1967, págs. 116 ss., quien defiende una vuelta a la vieja distinción entre el error fáctico y valorativo.

a través del cual alcanza a conocer aquel elemento del tipo. Acertadamente acepta aquí la jurisprudencia la punibilidad por un delito consumado porque, en definitiva, el autor ha tenido un conocimiento correcto del elemento del tipo determinante aunque el segundo error que le perjudica, aisladamente considerado, hubiera conducido a un delito irreal.

Ejemplo: El autor enajenaba máquinas que había comprado bajo la reserva de dominio antes de pagar a un tercero el precio de compra; en verdad, no había leído la reserva de dominio especificada en el albarán de entrega, pero creía que el comprador sólo adquiría la propiedad con el pago del precio de compra. La BayObLG NJW 1963, pág. 310, condenó acertadamente al acusado por un delito consumado de apropiación indebida de conformidad con el § 246[19].

III. El error acerca de la idoneidad del sujeto

1. Esta clase de error existe cuando alguien, con objeto de la comisión de un delito especial, acepta equivocadamente en su propia persona la cualidad para ser autor que presupone el tipo.

Ejemplos: Un empleado civil del ejército federal que cree que es un soldado (§ 1 I WStG) y, como consecuencia de ello, cree que su absentismo al servicio en el que trabaja constituye deserción (§ 16 WStG). El empleado público que se deja sobornar y cuyo nombramiento es anulado por defecto de forma (§ 332). Un soldado que en virtud de un mandato oficial cree ser el superior de otro soldado en el sentido de los §§ 30 ss. WStG.

Aquí deben diferenciarse los verdaderos delitos especiales de aquellos casos en los que la inidoneidad del sujeto es determinada por la del objeto (vid. *infra* § 50 III 3).

2. La cuestión relativa al tratamiento del error sobre la idoneidad del sujeto en los **delitos especiales propios** es objeto de un intenso debate.

a) Mayoritariamente se acepta que se trata de un *supuesto de tentativa inidónea punible* pues las cualidades especiales que fundamentan la punibilidad de este tipo de delitos constituirían verdaderos elementos del tipo (RG JW 1938, pág. 738; RG 72, 110; BGH 8, 321 [323]), de modo que el error debe ser considerado como un error inverso sobre el tipo[20]. Vid. también la RKG 2, 53 y 164.

---

[19] Diferenciando en este punto según los supuestos, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 485 ss.; *Bindokat*, NJW 1963, págs. 746 ss. A favor de la punibilidad por una tentativa, *Foth*, JR 1965, págs. 371 ss. A favor de su castigo como infracción consumada, *Hirsch*, Negative Tatbestansmerkmale pág. 229; *Kuhlen*, Unterscheidung pág. 520. Vid., además, los casos recogidos por *Schönke/Schröder/Eser*, § 17 núm. 11.

[20] Así, *Blei*, Allg. Teil págs. 231 ss.; *Bruns*, Der untaugliche Täter págs. 38 ss.; *el mismo*,

b) La opinión contraria divisa en la tentativa del autor inidóneo un *subcaso del delito irreal impune* porque los deberes jurídicos especiales que integran la posición especial del autor (funcionario, médico, soldado) sólo pueden ser infringidos por quien está sometido a ellos[21]. Con esta doctrina se produce por lo tanto un retorno parcial a la teoría de la ausencia de tipo.

c) Lo correcto es *diferenciar* aquí también entre el error inverso sobre el tipo y el error inverso de subsunción[22]. La mujer de la limpieza que cree ser funcionario por trabajar en una administración comete un delito irreal del § 332 cuando, a cambio de dinero, suministra al agente secreto el contenido de las papeleras. Tampoco comete tentativa de perjurio el acusado al que el juez recibe indebidamente juramento (BGH 10, 8 [10]). Por el contrario, hay casos muy serios de tentativa del sujeto inidóneo que resultan punibles porque jurídicamente en los elementos normativos del tipo no puede diferenciarse si el error se refiere a la cualidad del autor, al objeto de la acción o a las modalidades del hecho. Quien (fáctica o jurídicamente) cree erróneamente que concurren sobre su persona circunstancias que, caso de existir, fundamentarían su cualidad de autor comete una tentativa inidónea del delito especial correspondiente (valoración paralela errónea en la esfera del profano). Esto es válido también para los *delitos comunes de autoría restringida* (por ejemplo, el contenido en el § 142) y para la *posición de garante en los delitos de omisión impropia.*

GA 1969 págs. 161 ss.; *Burgstaller,* JBl 1976, págs. 125 ss.; *Dreher/Tröndle,* § 22 núm. 28; *Eser,* Strafrecht II núm. 36 A núm. 45; *Wessels,* Allg. Teil núm. 623; *Lackner,* § 22 núm. 13; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 40 núm. 175; *Olshausen,* § 43 comentario núm. 6a; *Schönke/Schröder/Eser,* § 22 núms. 75 ss.; *Nowakowski,* JZ 1958, pág. 416; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 28; *v. Weber,* Grundriß pág. 77. Por el contrario, *Foth,* JR 1965, pág. 371, pretende equiparar el caso del error sobre la idoneidad del sujeto con la tentativa supersticiosa; *Stöger,* Versuch des untauglichen Täters págs. 68 ss., propone castigarlo cuando el interviniente sea un "autor potencial".

[21] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 498; *Armin Kaufmann,* Klug-Festschrift Tomo II pág. 286; *Jakobs,* Allg. Teil 25/43; *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núms. 158 ss.; *Schünemann,* GA 1986, pág. 318; *Hardwig,* GA 1957, pág. 175; *v. Hippel,* Tomo II pág. 437; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. VIa antes del § 43; *Lange,* Sonderverbrechen pág. 498; *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 288; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 61 ss.; *Schoetensack,* Binding-Festschrift Tomo II págs. 39 ss.; *el mismo,* GS 91 (1925) pág. 381; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 698 ss.; *el mismo,* Bruns-Festschrift págs. 59 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 194; *Zaczyk,* Das Unrecht der versuchten Tat págs. 268 ss.; *AK (Zielinski)* §§ 15, 16 núm. 35.

[22] Así, *Bruns,* Der untaugliche Täter págs. 18 ss.; *el mismo,* GA 1979, págs. 183 ss.; *Eser,* Strafrecht II núm. 36 A núm. 45; *Blei,* Allg. Teil pág. 232; *Schönke/Schröder/Eser,* § 22 núm. 76; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 28; *Wessels,* Allg. Teil núm. 623; *Schlüchter,* Irrtum págs. 164 ss.; *la misma,* JuS 1985, pág. 529; *LK (10.ª)(Vogler)* § 22 núms. 158 ss. La 2. StrRG ha dejado la cuestión abierta; vid. BT-Drucksache V/4095 pág. 11. El § 25 III núm. 1 AE pretendía introducir la impunidad de la tentativa del autor inidóneo.

Ejemplos: El empleado municipal cuyo empleo como funcionario es nulo como consecuencia de la falta de competencia de la autoridad que lo nombró, puede cometer una tentativa de falsificación de documento durante el servicio de acuerdo con el § 348 (incorrectamente, sin embargo, OLG Kiel SchlHA 1949, 297 [298]). La persona de confianza que, sobre la base de su nombramiento en el testamento de acuerdo con el § 1777 III BGB, cree ser tutor, se mueve en la zona de la tentativa del § 174 I núm. 1 cuando abusa sexualmente de su "pupilo". El conductor que erróneamente cree haber sufrido un accidente y se aleja del lugar de los hechos cometía antaño una tentativa punible del delito de huida del lugar del accidente de acuerdo con el § 142 II en su redacción anterior (BayObLG 1952, 31). Quien de acuerdo con el § 218 no evita la comisión de un aborto a pesar de que cree erróneamente que el hijo esperado es suyo, es punible por tentativa de acuerdo con el § 218 IV 1.

3. Si el tipo penal exige una relación entre el autor y el objeto del delito de forma que la **cualidad de autor sigue ya a la del objeto**, entonces existe asimismo una tentativa inidónea si el autor erróneamente da por buenas tales cualidades y, con ello, su propia condición de autor. Lo relevante aquí, de acuerdo con los postulados generales de la teoría subjetiva, es el dolo del autor (RG 8, 198 [199]: tentativa de aborto de una mujer que no está embarazada; RG 47, 189 [191]: tentativa de incesto por medio de relaciones sexuales con la supuesta hija) (ambos supuestos ya no son punibles de acuerdo con el Derecho vigente)[23].

§ 51 El desistimiento de la tentativa

Allfeld, Der Rücktritt vom Versuch usw., Festgabe für R. v. Frank, Tomo II, 1930, pág. 74; *Arzt,* Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch, GA 1964, pág. 1; *Baumann,* Noch einmal: Kenntnis des Verletzten und tätige Reue, JuS 1971, pág. 631; *Bergmann,* Einzelakts-oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 100 (1988) pág. 329; *Blei,* Die Entdeckung der Tat durch den Verletzten (§ 46 Nr. 2 StGB), JA 1971, pág. 297; *Bloy,* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976; *el mismo,* Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch, JuS 1987, pág. 528; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 35, 184, JR 1989, pág. 70; *Bockelmann,* Anmerkung zu RG 75, 393, DR 1942, pág. 432; *el mismo,* Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig? NJW 1955, pág. 1417; *el mismo,* Versuch und Vorbereitung, Niederschriften, Tomo II, pág. 171; *Borchert/Hellmann,* Die Abgrenzung der Versuchsstadien usw., GA 1982, pág. 429; *Bottke,* Strafrechtswissenschaftliche

[23] Vid. *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. VIb antes del § 43; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 40 núm. 170; *Schönke/Schröder/Eser,* § 22 núm. 76; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 26; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 701; *Welzel,* Lehrbuch pág. 195.

Methodik und Systematik usw., 1979; *el mismo,* Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts, JR 1980, pág. 441; *el mismo,* Mißlungener oder fehlgeschlagener Vergewaltigungsversuch bei irrig angenommenem Einverständnis? JZ 1994, pág. 71; *Bringewat,* Kenntnis des Verletzten und tätige Reue, JuS 1971, pág. 403; *Burkhardt,* Der "Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung, 1975; *Graf zu Dohna,* Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch im Lichte der judikatur des RG, ZStW 59 (1940) pág. 541; *Dopffel,* Zur Lehre vom Rücktritt vom Versuch, GS 94 (1927) pág. 422; *Dreher,* Anmerkung zu BGH 22, 176, JR 1969, pág. 105; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 24, 48, NJW 1971, pág. 1046; *Fahrenhorst,* Fehlschlag des Versuchs bei weiterer Handlungsmöglichkeit? Jura 1987, pág. 291; *Feltes,* Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch, GA 1992, pág. 395; *Feuerbach,* Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten, Parte II, pág. 1804; *Franzius,* Versuch und Vorbereitungshandlungen, Materialien, Tomo II, 1, pág. 309; *Gellen,* Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, JZ 1972, pág. 335; *Georgiadis,* Rücktritt vom Versuch und tätige Reue usw., 1939; *Giffhorn,* Über Bedeutung und Begriff der "Freiwilligkeit" beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, Diss. Göttingen 1948; *Gössel,* Über den fehlgeschlagenen Versuch, ZStW 87 (1975) pág. 3; *Goldschmidt,* Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch, Strafr. Abh. Heft 7, 1897; *Gores,* Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982; *Grasnick,* volens-nolens, JZ 1989, pág. 821; *Gropengießer,* Anmerkung zu BGH 39, 128, StV 1994, pág. 19; *Grünwald,* Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 201; *Gutmann,* Die Freiwliligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bee der tätigen Reue, 1963; *Haft,* Der Rücktritt des Tatbeteiligten bei Vollendung der Straftat, JA 1979, pág. 306; *Heinitz,* Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956, pág. 248; *Henkel,* Anmerkung zu RG 71, 242, JW 1937, pág. 2375; *Herzberg,* Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen usw., Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 163; *el mismo,* Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung, Festschrift für G. Blau, 1985, pág. 97; *el mismo,* Beendeter oder unbeendeter Versuch, NJW 1986, pág. 2466; *el mismo,* Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 325; *el mismo,* Zum Grundgedanken des § 24 StGB, NStZ 1989, pág. 49; *el mismo,* Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr? JZ 1989, pág. 114; *el mismo,* Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, NJW 1989, pág. 862; *el mismo,* Theorien zum Rücktritt und teleologische Gesetzesauslegung, NStZ 1990, pág. 172; *el mismo,* Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch und Überlegungen de lege ferenda, NJW 1991, pág. 1633; *el mismo,* Anmerkung zu BGH vom 26.11.1990, JR 1991, pág. 159; *Herzog,* Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1889; *Reinhard v. Hippel,* Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966; *Hruschka,* Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch, JZ 1969, pág. 495; *Jakobs,* Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzungen eines strafbefrelenden Rücktritts, JuS 1980, pág. 714; *el mismo,* Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten, ZStW 104 (1992) pág. 82; *el mismo,* Anmerkung

zu BGH 35, 184, JZ 1988, pág. 519; *Jescheck,* Anmerkung zu BGH 7, 296, MDR 1955, pág. 562; *el mismo,* Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat, ZStW 99 (1987) pág. 111; *Kadel,* Anmerkung zu BGH 34, 53, JR 1987, pág. 117; *Kampermann,* Grundkonstellationen beim Rücktritt vom Versuch, 1992; *Kienapfel,* Anmerkung zu BGH 31, 170, JR 1984, pág. 72; *el mismo,* Probleme des unvermittelt abgebrochenen Versuchs, Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 213; *Krauß,* Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch, JuS 1981, pág. 883; *Krauthammer,* Der Rücktritt vom Versuch, Strafr. Abh. Heft 310, 1932; *Küper,* Anmerkung zu OLG Karlsruhe NJW 1978, pág. 331, *ibidem* pág. 956; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 31, 170, JZ 1983, pág. 264; *Lackner,* Anmerkung zu BGH 20, 279, JR 1966, pág. 106; *Lampe,* Rücktritt vom Versuch mangels Interesses — BGHSt 35, 184, JuS 1989, pág. 610; *Lange,* Anmerkung zu BGH 11, 324, JZ 1958, pág. 671; *Lang-Hinrichsen,* Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 353; *Lenckner,* Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 281; *Maiwald,* Die natürliche Handlungseinheit, 1964; *H.-W. Mayer,* Zur Frage des Rücktritts vom unbeendeten Versuch, MDR 1984, pág. 187; *Meister,* Strafbefreiender Rücktritt durch Erfolgsabwendung beim untauglichen Versuch, DStr 1943, pág. 160; *Mitsch,* Der Rücktritt des angestifteten oder unterstützten Täters, Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 89; *Muñoz Conde,* Der mißlungene Rücktritt: eine Wiederkehr der Erfolgshaftung? GA 1973, pág. 33; *el mismo,* Theoretische Begründung und systematische Stellung der Strafloslgkeit beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 84 (1972) pág. 756; *Otto,* Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, GA 1967, pág. 144; *el mismo,* Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 91; *el mismo,* Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, JA 1980, págs. 641, 707; *el mismo,* Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, Jura 1992, pág. 423; *Pahlke,* Rücktritt beim dolus eventualis, 1993; *Puppe,* Der halbherzige Rücktritt, NStZ 1984, pág. 488; *la misma,* Zur Unterscheidung von beendetem und unbeendetem Versuch, NStZ 1986, pág. 14; *la misma,* Anmerkung zu BGH vom 27.10.1992 (Vorlagebeschluß), JZ 1993, pág. 359; *Ranft,* Strafgrund der Berauschung und Rücktritt von der Rauschtat, MDR 1972, pág. 737; *el mismo,* Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenen Versuch bei erneuter Ausführungshandlung, Jura 1987, pág. 527; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 36, 224, JZ 1989, pág. 1128; *Roxin,* Krimlnalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *el mismo,* Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 251; *el mismo,* Der fehlgeschlagene Versuch, JuS 1981, pág. 1; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 33, 295 und BGH vom 5.12.1985, JR 1986, pág. 424; *Rudolphi,* Anmerkung zu BGH 31, 170, NStZ 1983, 361; *el mismo,* Rücktritt vom beendeten Versuch usw., NStZ 1989, 508; *v. Scheurl,* Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972; *Schmidhäuser,* Zur Systematik der Verbrechenslehre, Gedächtnisschrift für G. Radbruch, 1968, pág. 268; *Schröder,* Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch nach §§ 46 und 49a, MDR 1949, pág. 714; *el mismo,* Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch, MDR 1956, pág. 321; *el mismo,* Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, pág. 81; *el mismo,*

Koordinierung der Rücktrittsvorschriften, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 377; *el mismo,* Die Unternehmensdelikte, Festschrift für E. Kern, 1968, pág. 457; *Schwalm,* Versuch und Vorbereitung, Niederschriften, Tomo II, pág. 187; *Seier,* Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz — BGH StV 1988, pág. 201, JuS 1989, pág. 102; *Sonnen,* Fehlgeschlagener Versuch und Rücktrittsvoraussetzungen Jura 1980, pág. 158; *Streng,* Tatbegriff und Teilrücktritt, JZ 1984, pág. 652; *el mismo,* Schuld ohne Freiheit? ZStW 101 (1989) pág. 273; *el mismo,* Rücktritt und dolus eventualis, JZ 1990, pág. 212; *el mismo,* Handlungsziel, Vollendungsneigung und "Rücktrittshorizont", NStZ 1993, pág. 257; *Tröndle,* Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, GA 1962, pág. 225; *Ulsenheimer,* Grundfragen des Rücktritts vom Versuch usw., 1976; *Walter,* Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens usw., 1980; *el mismo,* Bestimmung der Freiwilligkeit usw., GA 1981, pág. 403; *Weinhold,* Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990.

Vid. también las referencias bibliográficas antes del § 49

I. El fundamento jurídico de la impunidad del desistimiento voluntario de la tentativa

1. El § 24 dispone la **plena impunidad** para el desistimiento voluntario de la tentativa. Esta generosidad del legislador no resulta evidente sino que requiere ser fundamentada.

Aun cuando actualmente el desistimiento de la tentativa también trae por consecuencia la impunidad en la mayoría de los Derechos extranjeros [1], sin embargo el Derecho común sólo hacía decaer la pena ordinaria[2]. En coherencia con ello los arts. 21 y 22 del StGB suizo sólo contienen una regulación destinada a una determinación gradual de la pena que, sin embargo, no va más allá de la renuncia a ésta[3]. A la vista de estas diferencias la Ciencia se ha venido ocupando siempre de la justificación de la impunidad del desistimiento voluntario de la tentativa. Las antiguas (así denominadas) "*teorías jurídicas*" que quisieron ver en el desistimiento un obstáculo jurídico para el castigo de la tentativa (*Zachariä, Luden, Berner, Binding*) hoy apenas son defendidas[4]. No son, pues, motivos derivados de la lógica jurídica sino razones provenientes de la *discrecionalidad*

[1] Vid. *Franzius,* Materialien Tomo II, 1 pág. 324; *Jescheck,* ZStW 99 (1987) págs. 12 ss.

[2] Vid. *Schaffstein,* Die allgemeinen Lehren pág. 168.

[3] Vid. *Hafter,* Allg. Teil págs. 209 ss. Lo mismo sucede con el art. 12 del Anteproyecto de *Schultz.* En la misma dirección *Burkhardt,* Der "Rücktritt" págs. 184 ss.; *Schönke/Schröder/Eser,* § 24 núm. 108; *Ulsenheimer,* Rücktritt págs. 34 ss. con referencias adicionales en nota a pie núm. 550.

[4] Vid. la exposición contenida en *Herzog,* Rücktritt vom Versuch págs. 147 ss.; *Georgiadis,* Rücktritt vom Versuch págs. 2 ss.; *Gutmann,* Die Freiwilligkeit págs. 1 ss. Una excepción viene suministrada por el planteamiento de *Reinhard v. Hippel,* Untersuchungen pág. 58.

legislativa las que actualmente son resaltadas para la justificación de la impunidad de la tentativa en caso de desistimiento de la misma. La cuestión de *cuáles* sean estos motivos no posee sólo un significado teórico sino que tiene un alcance práctico sobre todo en la determinación del concepto de "voluntariedad".

2. De acuerdo con la teoría del "*puente de oro*"[5], que se remonta a *Feuerbach*[6] **(teoría político-criminal)**, con la promesa de la liberación de la pena se le suministra al autor un *estímulo* para abandonar la tentativa antes de la consumación y, en caso necesario, para evitar el resultado. El RG se adhirió a esta teoría[7] que, por el contrario, el BGH sólo ha seguido en sus comienzos[8]. La crítica que sobre todo se hace valer contra esta visión consiste en que la promesa de impunidad en el momento decisivo no tiene ninguna influencia sobre la resolución del autor, especialmente porque en gran medida es desconocida por la población[9]. La praxis jurídica muestra que todos los motivos posibles juegan un papel en el desistimiento de la tentativa pero nunca, sin embargo, la consideración de poder liberarse nuevamente de una pena ya merecida[10]. En el mejor de los casos, y de forma negativa, puede decirse con *Feuerbach* que el legislador no debería cortarle la retirada al autor por medio de la idea de que en todo caso será castigado.

3. De acuerdo con una nueva teoría, hoy defendida mayoritariamente y que debe seguirse, el § 24 debe *premiar* el desistimiento voluntario de la tentativa **(teoría del perdón o teoría premial)**[11]. Quien desiste voluntariamente y evita

---

[5] Así, en adhesión a *v. Liszt,* Lehrbuch 1.ª ed. págs. 14 ss., sobre todo *Allfeld,* Frank-Festgabe Tomo II pág. 76; *Frank,* VDA Tomo V pág. 242; *v. Hippel,* Tomo II pág. 411; *Kohlrausch/Lange,* § 46 comentario I; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 315; *Maurach,* Allg. Teil 4.ª ed. pág. 518; *Mezger,* Lehrbuch pág. 403; *Olshausen,* § 46 comentario 1. En contra, detalladamente, *Ulsenheimer,* Rücktritt págs. 68 ss.

[6] *Feuerbach,* Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs págs. 102 ss.

[7] RG 6, 341; 17, 243 (244); 63, 158 (159); 72, 349 (350); 73, 53 (60). En la literatura reciente hay que mencionar a *Puppe,* NStZ 1984, 490 y *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 706.

[8] BGH 6, 85 (87).

[9] Vid. *M.E. Mayer,* Lehrbuch pág. 370, nota a pie núm. 7.

[10] Así, *Ulsenheimer,* Rücktritt pág. 69; *Bockelmann,* NJW 1955, pág. 1420; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 502; *Heinitz,* JR 1956, pág. 249; *Jescheck,* MDR 1955, pág. 563; *Lang-Hinrichsen,* Engisch-Festschrift pág. 368; *LK (10.ª) (Vogler)* § 24 núms. 8 ss.; *H. Mayer,* Grundriß pág. 146; *Otto,* GA 1967, pág. 150; *Schröder,* MDR 1956, pág. 322; *Welzel,* Lehrbuch pág. 196; *Wessels,* Allg. Teil núm. 426.

[11] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 502; *Bockelmann,* NJW 1955, pág. 1420; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 214; *Dreher/Tröndle,* § 24 núm. 3; *Heinitz,* JR 1956, pág. 249; *H. Mayer,* Grundriß pág. 145; *LK (9.ª) (Busch)* § 46 núm. 4; *Otto,* GA 1967, pág. 150; *Schröder,* MDR 1956, pág. 322; *Schmidhäser,* Allg. Teil pág. 625; *Welzel,* Lehrbuch pág. 196; *Wessels,* Allg. Teil núm. 626. Diferenciando entre tentativa acabada e inacabada *Arzt,* GA 1964, pág. 9. Histó-

la consumación o se esfuerza seriamente en ello aún cuando de todos modos aquélla tiene lugar, en la comunidad se compensa parcialmente la impresión jurídicamente perturbadora de su hecho y, a causa de ello, merece indulgencia. A ello se añade que el injusto de la tentativa es compensado hasta cierto grado por el contrapeso que supone su actuación meritoria. La Ley se conforma, sin embargo, con la voluntariedad del desistimiento y no exige un valor *ético* especial del *motivo* del desistimiento[12].

4. La jurisprudencia del BGH fundamenta ante todo la impunidad del desistimiento sobre la *desaparición del fin de la pena* **(teoría del fin de la pena)** (BGH 9, 48 [52]; 14, 75 [80]; también ya la 6, 85 [87][13]. Cuando el autor se abstiene voluntariamente de la consumación del hecho muestra con ello que su voluntad hostil al Derecho mediante la ejecución de aquél no ha sido suficiente. Por ello, la pena no es aconsejable ni por motivos preventivo-especiales ni tampoco por razones preventivo-generales, además de que también la justicia no demanda en tales casos una pena. En contra de esta teoría habla el hecho de que la voluntad del autor en el momento de la tentativa puede haber sido suficientemente intensa para la consumación, pues a menudo el desistimiento es provocado por circunstancias externas puramente azarosas[14]. Por regla general, tampoco la peligrosidad del hecho y del autor se muestran mucho menores a causa del desistimiento. El merecimiento de pena del hecho no es anulado sin más por el desistimiento. A los argumentos de la teoría del fin de la pena debe, por consiguiente, ser añadida

---

ricamente la teoría del perdón es antigua pues encuentra ya acogida en el preuß. ALR Teil II 20 § 43. Mostrándose crítico, *Ulsenheimer,* Rücktritt págs. 74 ss.

[12] A favor de ello, sin embargo, *Bockelmann,* NJW 1955, pág. 1421 con referencias adicionales de la jurisprudencia; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 21 ss.; *Sauer,* Allgemeine Strafrechtslehre pág. 116; *Gifflhorn,* Freiwilligkeit pág. 107.

[13] Así lo hace también otro sector doctrinal que va ganando terreno; vid. *Blei,* Allg. Teil pág. 236; *Ranft,* MDR 1972, pág. 743; *Roxin,* Heinitz-Festschrift pág. 269; *Otto,* Grundkurs pág. 242; *Ulsenheimer,* Rücktritt págs. 90 ss.; *Burkhardt,* Rücktritt págs. 195 ss.; *Streng,* ZStW 101 (1989) págs. 322 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 16 núm. 5; *Schönke/Schröder/Eser,* § 24 núm. 2; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 4. Vid. también *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 706 y *Muñoz Conde,* ZStW 84 (1972) págs. 761 ss. Desde una perspectiva preventivo-especial el principio de la puesta a prueba es intensamente acentuado como fundamento de la impunidad del desistimiento en *Walter,* Rücktritt págs. 59 ss.; especialmente, en relación con la voluntariedad GA 1981, págs. 403 ss. Una variante de la teoría del fin de la pena viene constituida por la teoría de la satisfacción de la culpabilidad ("Schulderfüllungstheorie") de *Herzberg,* Lackner-Festschrift pág. 349, *el mismo,* NStZ 1989, pág. 49 y 1990, pág. 172, según la cual la amenaza penal se resuelve "cuando el autor cumple su deber destinado a la terminación y reparación del comportamiento injusto a través de una prestación que le es imputable".

[14] Vid. también *Schröder,* JuS 1962, pág. 81; vid., además, *Ulsenheimer,* Rücktritt págs. 78 ss.

la idea de la teoría del perdón de que el autor debería librarse de una pena en sí misma merecida si voluntariamente ha retornado al dominio del Derecho (BGH MDR 1988, pág. 244)[15].

5. La **teoría unitaria**[16], con un punto de vista global, pretende superar la valoración separada de la acción intentada y del desistimiento como "contrarius actus". Sin embargo, esta teoría no suministra los motivos por los que el actual Derecho alemán aboga por la impunidad en caso de desistimiento voluntario, sino que sencillamente comprende a este último desde el punto de vista de la determinación de la pena.

6. La **teoría de la culpabilidad** intenta suministrar una fundamentación material para la impunidad de la tentativa en caso de desistimiento voluntario por medio de la aceptación de una causa de exculpación[17]. Sin embargo, la culpabilidad no es eliminada por el desistimiento sino tan sólo, posteriormente, compensada hasta cierto punto por éste, por lo que el esfuerzo del autor es recompensado mediante la impunidad. A través de la aceptación de una causa de exclusión de la culpabilidad que sistemáticamente se equipararía al estado de necesidad (§ 35) se sobrevaloraría este punto de vista.

II. La distinción entre tentativa inacabada y acabada

1. El punto de partida de la regulación del § 24 I 1 es la distinción entre tentativa inacabada y acabada[18]. El legislador parte de la consideración de que por regla general la liberación de la pena sólo se plantea cuando el hecho no ha sido consumado. Si el resultado ya ha tenido lugar en el momento en el que el autor quería desistir el delito está consumado aún cuando aquél no lo supiera y, en consecuencia, no se plantea la aplicación del § 24 I 1[19]. Si, por el contrario, el hecho

[15] Actualmente es aceptada con razón una *conexión de distintas ideas* para la fundamentación de la impunidad del desistimiento voluntario; vid. *LK (10.ª) (Vogler)* § 24 núm. 20; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 41 núms. 12 ss.; *Rudolphi,* NStZ 1983, pág. 363; *Schönke/Schröder/Eser,* § 24 núm. 2; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 706; *Jakobs,* Allg. Teil 26/2.

[16] Así, *Lang-Hinrichsen,* Engisch-Festschrift págs. 370 ss. En esta dirección también, *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 62 ss.; *Roxin,* Kriminalpolitik págs. 36 ss.; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 5; *Muñoz Conde,* ZStW 84 (1972) pág. 778. Vid., además, *Eser,* Strafrecht II núm. 32 A núms. 21 ss.

[17] Así, sobre todo, *Ulsenheimer,* Rücktritt págs. 10 ss.; además, *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 6; *Roxin,* Heinitz-Festschrift págs. 27 ss.; *Haft,* JA 1979, pág. 312; *Bottke,* Methodik págs. 60 ss.

[18] Vid. *Dreher/Tröndle,* § 24 núm. 4; *Lackner,* § 24 núm. 3; *Schönke/Schröder/Eser,* § 24 núm. 5; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 15.

[19] Vid. *Eser,* Strafrecht II núm. 33 A núm. 47a; *Lenckner,* Gallas-Festschrift págs. 29 ss.; *Muñoz Conde,* GA 1973, págs. 33 ss.; *Schönke/Schröder/Eser,* § 24 núm. 25. La desaparición del dolo que entretanto se produce carece de relevancia pues éste sólo necesita existir hasta la tentativa inacabada; vid. *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 34; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 283. Por el contrario, *Herzberg,* Oehler-Festschrift pág. 173 sitúa ese momento en la tentativa acabada.

ha permanecido dentro del estadio de la tentativa, hay que diferenciar según los casos: si el autor todavía no ha hecho lo que para él aparecía como necesario para el acaecimiento de la consumación, entonces es suficiente para el desistimiento con que se abstenga de seguir actuando **(desistimiento de la tentativa inacabada)**. En cambio, si de acuerdo con la representación del autor se han creado todas las condiciones del resultado de modo que el acaecimiento de éste sólo dependa de la eficacia autónoma de factores causales o de la actuación de un tercero, entonces el sujeto debe desarrollar para el desistimiento una actividad contraria destinada a evitar el resultado **(desistimiento de la tentativa acabada)**[20]. La distinción tiene un considerable significado práctico pues tanto los requisitos como también las posibilidades de impunidad son diferentes en ambos casos. En el primer caso basta con la simple omisión de seguir actuando, de modo que el autor tiene en su propia mano cumplir con este requisito; en el segundo, por el contrario, debe intervenir activamente en beneficio de su víctima y, por ello, también corre con el riesgo relativo al éxito en la evitación del resultado.

2. La tentativa inacabada y acabada sólo puden ser delimitadas recíprocamente en virtud de **criterios subjetivos**, pues la cuestión de si tiene que suceder algo más para la consumación del hecho por parte del autor depende sólo de su plan delictivo y de la representación que posea del desarrollo del hecho (BGH 14, 75 [79]; 22, 330 [331]; 31, 170; 33, 295; 35, 90)[21]. Según ello la tentativa es inacabada cuando el autor *cree* no haber hecho todo lo necesario para la consumación, mientras que por el contrario aquélla es acabada cuando, *de acuerdo con su representación*, se han dado todos los pasos que se muestran precisos para la consumación. Si el autor duda acerca de si su acción es ya suficiente para ocasionar el resultado o no se representa en absoluto las consecuencias de su actuación, entonces debe ser aceptada la existencia de una tentativa acabada (BGH 40, 304). Si en el momento del último acto ejecutivo el sujeto sólo cuenta con la posibilidad

[20] Vid. al respecto, *Goldschmidt*, Unbeendigter und beendigter Versuch págs. 62 ss. Ello es completamente independiente de la cuestión relativa a cuándo se acepta en la tentativa una inmediata puesta en marcha de la realización del tipo (sobre ello vid. *supra* § 49 IV 3).

[21] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 507; *Blei*, Allg. Teil pág. 212; *Puppe*, NStZ 1986, pág. 14; *Geilen*, JZ 1972, págs. 335 ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 46 comentario III; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 34; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 41 núm. 22; *Mezger*, Lehrbuch pág. 400; *Olshausen*, § 46 comentario núm. 3; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 12; *Welzel*, Lehrbuch pág. 196; *Wessels*, Allg. Teil núm. 631; *Kühl*, Allg. Teil § 16 núm. 24. Recomendando, por el contrario, una delimitación sustancialmente objetiva *Henkel*, JW 1937, págs. 2376 ss.; asimismo, *Ulsenheimer*, Rücktritt pág. 225 ss.; *Borchert/Hellmann*, GA 1982, págs. 436 ss.

de acaecimiento del resultado, también estaremos en presencia de una tentativa acabada (BGH 31, 170 [175]; 33, 295 [300])[22].

Ejemplos: Existe tentativa inacabada si antes de tiempo se sale el catéter que había sido colocado a una mujer con la finalidad de practicarle un aborto y la embarazada no lo vuelve a colocar a pesar de creer que sólo su aplicación corporal más prolongada sería efectiva (RG 57, 278 [280]). Hay tentativa acabada si el autor separa el garrote del cuello de la víctima contando con la posibilidad de que ésta moriría por las consecuencias del estrangulamiento (BGH *Dallinger* MDR 1970, pág. 381). Lo mismo rige para el caso en el que el autor celoso abandona a su víctima tras haberle propinado varias puñaladas que pusieron en peligro su vida (BGH 23, 330 [332]). Concurre tentativa acabada de homicidio cuando el autor propina diversas cuchilladas a la víctima a la que quería robar y la estrangula hasta que ésta pierde la consciencia con la intención de eliminarla como testigo, huyendo posteriormente con la creencia de que la víctima podría morir a consecuencia de las heridas (BGH 31, 170). Sin embargo, la tentativa de homicidio es inacabada cuando el autor propina a su víctima una puñalada en la nuca pero se da cuenta inmediatamente de que la lesión no conlleva peligro para la vida (BGH 35, 90).

3. Dudosa es la cuestión relativa a la delimitación entre tentativa acabada e inacabada en aquellos casos en los que en el momento de decidirse por el desistimiento la situación se plantea para el autor de un modo diverso al plan originario. Son imaginables dos composiciones de lugar: en la primera, el autor quería realizar el tipo con *una* acción y, con posterioridad a ésta, comprueba que todavía se necesitarían actos adicionales por su parte para alcanzar el resultado pretendido. En la segunda, el autor había contado con distintas formas de ocasionar el resultado y abandona su conducta sin haber agotado esas posibilidades. En el enjuiciamiento de estos casos la jurisprudencia ha recurrido sobre todo al plan original del autor y, de acuerdo con el mismo, sólo ha aceptado la existencia de una tentativa inacabada cuando el autor no había hecho todo lo que *en un principio* se había propuesto (BGH 10, 129; 14, 75)[23]. Sin embargo, de este

[22] De acuerdo con este criterio, *Küper*, JZ 1983, pág. 264; *Kienapfel*, JR 1984, pág. 72; *el mismo*, Pallin-Festschrift págs. 213 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núms. 64 ss.; *H. W. Mayer*, MDR 1984, pág. 187; *Hassemer*, JuS 1983, pág. 556; *Lackner*, § 24 núm. 6; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 41 núm. 81; *Otto*, Grundkurs pág. 243; *Puppe*, NStZ 1986, pág. 15; *Roxin*, JR 1986, pág. 424; *Streng*, JZ 1990, pág. 214; *Rudolphi*, NStZ 1983, pág. 361; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 169; *Wessels*, Allg. Teil núm. 633; *Kühl*, Allg. Teil § 16 núm. 27. En contra del criterio del BGH *Herzberg*, Blau-Festschrift pág. 108; *el mismo*, NJW 1986, pág. 2466; *el mismo*, NJW 1991, pág. 1635; *Bergmann*, ZStW 100 (1988) pág. 351.

[23] En este sentido también, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 489; *Gutmann*, Freiwilligkeit págs. 92 ss.; *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit págs. 92 ss.; *Eser*, Strafrecht II núm. 33 A núms. 30 ss.; *Jakobs*, JuS 1980, pág. 714; *Ulsenheimer*, Rücktritt págs. 240 ss.

modo a menudo se le restringe el desistimiento liberatorio de pena al autor menos peligroso que sólo se había propuesto la ejecución de *una* acción, mientras que, en cambio, aquél pemanece abierto para el autor que actúa con mayor desconsideración. De ahí que actualmente el Tribunal Supremo acoja como criterio el *momento del desistimiento*: lo relevante es si en ese instante el autor cuenta con la posibilidad del ocasionamiento autónomo del resultado; si éste no es el caso entonces puede todavía desistir con el mero hecho de no seguir actuando (BGH 31, 170 [175]; 35, 90; BGH NStZ 1984, pág. 116).

Ejemplos: El autor dispara a su enemigo en la cabeza y le deja tendido, gravemente herido, a pesar de que percibe la posibilidad cercana de que acaezca su muerte (tentativa acabada) (BGH 33, 295). El autor asesta a su víctima una puñalada en el pecho peligrosa para su vida (tentativa inacabada, si el autor entendía que el apuñalamiento no era mortal) (BGH JZ 1986, pág. 303).

4. Son problemáticos los supuestos en los que el autor interrumpe la tentativa y, poco tiempo después, aunque con otros medios, continúa con aquélla. En la configuración de este caso sólo se tiene en cuenta un desistimiento cuando ambas aportaciones son comprendidas como una tentativa única. La jurisprudencia más reciente ha acogido este criterio allí donde la tentativa en su conjunto puede ser considerada como un fenómeno unitario (BGH 34, 53 con comentario aprobatorio de *Rengier*, JZ 1986, pág. 964; BGH 40, 75; BGH NStZ 1984, pág. 453; NJW 1985, pág. 2428; NJW 1986, pág. 1001; NStZ 1986, pág. 264). Este criterio debe ser aceptado[24] aún cuando no existan los rigurosos requisitos temporales y fácticos de la unidad natural de acción[25] pues, de este modo, se amplía la posibilidad de desistimiento en interés de la víctima y el sentido de la liberación de la pena responde a la recompensa por la actuación meritoria.

5. La jurisprudencia del BGH favorable al desistimiento acepta también una tentativa inacabada y, con ella, una posibilidad más sencilla de desitir, cuando el autor **alcanza ya con la tentativa** el objetivo primario de la acción y, como consecuencia de ello, **no tiene ya interés** en la consecución del plan delictivo adicional (propuesta de resolución del BGH JZ 1993, pág. 359 con comentario crítico de *Puppe*, JZ 1993, pág. 361)[26]. El Pleno de la Sala de lo Penal del BGH

[24] Asimismo, *Lackner*, § 24 núm. 4; *Roxin*, JuS 1981, pág. 1; *Puppe*, NStZ 1986, pág. 16; mostrándose críticos, *Fahrenhorst*, Jura 1987, pág. 291; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núms. 63 ss.

[25] De acuerdo en este punto *Kadel*, JR 1987, pág. 118; en contra, *Herzberg*, NJW 1986, págs. 2466 ss.; *Ranft*, Jura 1987, pág. 527.

[26] Mostrando su conformidad, *Streng*, NStZ 1993, pág. 257; *Pahlke*, Rücktritt pág. 168. En contra, sobre la base de que en la renuncia a la prosecución del plan no reside ningún mérito

también se ha adherido a este planteamiento (BGH GS 39, 221 en contra de la BGH JR 1991, pág. 158, con comentario aprobatorio de *Herzberg*). También es posible un **cambio de disposición** de la tentativa acabada a la inacabada cuando el autor, frente a su representación original, se da cuenta de que para la consumación del hecho es necesario hacer más (BGH 36, 224 con comentario crítico de *Ranft*, JZ 1989, pág. 1128).

6. El desistimiento de la tentativa presupone siempre que el autor todavía estima posible la consumación. Si, por el contrario, llega a la convicción de que ya no puede alcanzar el resultado con los medios que se encuentran a su alcance en el curso inmediato del acontecimiento, entonces existe una **tentativa fracasada** (BGH 34, 56; 35, 90) en la que ya no es posible el desistimiento, puesto que no puede renunciarse a un dolo que ha dejado de ser realizable[27]. En la cuestión relativa a si una tentativa es fracasada resulta siempre decisivo el estado de conocimiento del autor al final de la acción intentada *(horizonte subjetivo del desistimiento)*. Un fracaso puede ser fundamentado tanto sobre circunstancias objetivas (falla el arma de fuego) como también sobre obstáculos subjetivos (el delincuente sexual es irritado de tal modo por la víctima que no puede continuar la ejecución del hecho proyectado). Es problemático el supuesto en el que el hecho aparece inejecutable por motivos jurídicos (el autor de una tentativa de violación, como consecuencia del comportamiento de la víctima, cree que la misma está de acuerdo en mantener relaciones sexuales, BGH JZ 1994, pág. 106). En contra del criterio doctrinal[28], aquí la jurisprudencia niega la presencia de una tentativa fracasada en la medida en que el autor está en situación de poder llevar a cabo su plan original de imponer violentamente la relación sexual, incluso cuando esto ya no le reporta ninguna ventaja ante la nueva situación.

Ejemplos: Si el autor quiere robar una mayor cantidad de dinero pero se encuentra con una pequeña cuantía, estamos ante una tentativa fracasada en la que ya no puede ser discutida la cuestión del desistimiento (con otro criterio, BGH 4, 56). Si la víctima de

---

del autor, *Wessels*, Allg. Teil núm. 634; *Kühl*, Allg. Teil § 16 núm. 41; *Kampermann*, Grundkonstellationen págs. 217 ss.

[27] En este sentido, detalladamente, *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 627 ss.; *SK (Rudolphi)* § 24 núms. 8 ss.; *Roxin*, JuS 1981, págs. 1 ss.; *Herzberg*, Blau-Festschrift págs. 97 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núms. 23 ss.; *Otto*, GA 1967, págs. 144 ss.; *el mismo*, Jura 1992, pág. 423; *Kampermann*, Grundkonstellationen págs. 206 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 16 núm. 22. Discrepando incorrectamente, *Gössel*, ZStW 87 (1975) págs. 3 ss.; *Sonnen*, Jura 1980, págs. 158 ss.; *Feltes*, GA 1992, págs. 395 ss.

[28] A favor de una tentativa fracasada en este caso, *Bottke*, JZ 1994, pág. 75; *el mismo*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik págs. 355 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 9; *Ulsenheimer*, Rücktritt pág. 328; *Herzberg*, Blau-Festschrift pág. 99.

una tentativa de robo asegura que no posee dinero, entonces la cuestión de la tentativa inacabada se dirige hacia el problema de si el autor piensa que tendrá éxito con la continuación de las amenazas; de no ser éste el caso existirá una tentativa fracasada (BGH 4, 180 [181]). Si la autora se ha dado cuenta de que el matarratas no es eficaz y que por ello las víctimas no se encuentran en peligro de muerte, aquélla ya no puede desistir cuando no se encuentran a su disposición medios adicionales idóneos para continuar la ejecución del hecho (BGH GA 1971, pág. 51). Estamos ante una tentativa de extorsión fracasada cuando el autor se da cuenta de que el plan del hecho ya no puede ser llevado a efecto con los medios de coacción empleados y los que todavía posee a su alcance (BGH de 12.9.1985, 5 Str 415/85). Vid., además, la OLG Karlsruhe NJW 1978, pág. 331 con comentario de *Küper*, NJW 1978, pág. 956.

III. El desistimiento de la tentativa inacabada (§ 24 I 1 en su primera alternativa)

La eficacia liberadora de pena del **desistimiento de la tentativa inacabada** exige que el autor abandone voluntariamente la posterior ejecución del hecho en el momento en el que todavía crea que no ha hecho todo lo que era necesario para la consumación del delito.

1. El aspecto **objetivo** del desistimiento en la tentativa inacabada consiste sencillamente en que el autor no siga actuando. No obstante, hay que tener en cuenta que debe haber desistido *definitivamente* de su dolo pues, de lo contrario, no merece la concesión de la impunidad (BGH 39, 244 [247]; BGH NStZ 1988, pág. 550)[29]. No obstante, es posible un *desistimiento parcial* como, por ejemplo, en relación con la muerte de la víctima si se había proyectado un robo con homicidio[30].

---

[29] En este sentido se pronuncia la jurisprudencia y una parte de la doctrina: RG 72, 349 (351); BGH 7, 296 (297); 21, 319 (321 ss.); 33, 144 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 504; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 212; *Kohlrausch/Lange*, § 46 comentario VIII; *Jescheck*, MDR 1955, pág. 563; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 79; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núms. 39 ss. (con la acertada restricción de que la reserva del autor destinada a ejecutar nuevamente el hecho en un futuro y aprovechando una oportunidad mejor, no excluye el desistimiento); *Welzel*, Lehrbuch pág. 198. Defendiendo la opinión contraria que se conforma con el abandono de la "concreta" ejecución del hecho, *Allfeld*, Frank-Festgabe Tomo II pág. 79; *Heznitz*, JR 1956, pág. 252; *Lenckner*, Gallas-Festschrift págs. 30 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 317; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II pág. 47; *Mezger*, Lehrbuch pág. 405; *Blei*, Allg. Teil pág. 242; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 631; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 714; *Kühl*, Allg. Teil § 16 núm. 43; *Wessels*, Allg. Teil núm. 641. El recurso a los motivos del autor que hace *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 18 podría conducir a insolubles dificultades probatorias. Instructivamente sobre todo ello, *Bottke*, Methodik págs. 37 ss.

[30] Vid. *Streng*, JZ 1984, págs. 652 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 208. Distinto es, sin embargo, cuando el autor, tras desistir del primer acto parcial, ataca más gravemente con una

2. El aspecto **subjetivo** de la tentativa reside en la *voluntariedad* del abandono de la resolución delictiva. Aquélla significa que el desistimiento no está motivado por impedimientos forzosos, sino que se ha desarrollado por una razón *autónoma* (autoimpuesta). Ello presupone que el autor "era todavía señor de sus decisiones" y que no fue obligado al desistimiento de su conducta por la presión insuperable de la situación fáctica (BGH 21, 216; 35, 184 [186]; BGH *Holtz* MDR 1993, pág. 1038; BGH StV 1992, pág. 224; NStZ 1992, pág. 536). Por otra parte, no resulta decisivo que el autor haya abandonado el hecho por un motivo digno de reconocido valor ético (BGH 7, 296 [299] con comentario aprobatorio de *Jescheck,* MDR 1955, pág. 563; de otra opinión todavía RG 75, 393 [395] con comentario aprobatorio de *Bockelmann,* DR 1942, pág. 432)[31]. Más bien, el concepto de voluntariedad hay que determinarlo desde una perspectiva puramente "psicológica" y no ética[32]. De ahí que el desistimiento con efecto liberador de la pena también deba afirmarse, por ejemplo, si se desiste de matar a una víctima para hacerlo con otra (BGH 35, 184). Con frecuencia, la cuestión de la voluntariedad también es discutida (y negada) cuando, de acuerdo con la representación del autor, la consumación del delito se ha convertido en algo *imposible* o si para aquél ésta *carece ya de sentido* (por ejemplo, RG 39, 37 [38]; 65, 145 [149]; 70, 1 [3]; RG JW 1935, pág. 2734; BGH 4, 56 [59]; 9, 48 [53]; 13, 156; 20, 279 con comentario crítico de *Lackner,* JR 1966, pág. 106). Sin embargo, en estos casos no existe desistimiento de ningún tipo sino sólo una *tentativa fracasada* (vid. *supra* §

segunda acción el bien jurídico protegido; así sucede, por ejemplo, cuando se pasa de una tentativa de agresión sexual (§ 178) a una violación (§ 177) (BGH 33, 142 con comentario aprobatorio de *Streng,* NStZ 1985, pág. 360) o de una estafa a la extorsión [actualmente, tanto la agresión sexual como la violación aparecen reguladas conjuntamente en el § 177 (N del T)].

[31] En este sentido se pronuncian la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria; RG 35, 102; 37, 402 (404); 61, 115 (117); BGH GA 1968, pág. 279; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 505; *Heinitz,* JR 1956, pág. 251; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 86; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II págs. 4 ss.; *Blei,* Allg. Teil págs. 24 ss.; *Schönke/Schröder/Eser,* § 24 núm. 56; *Dreher/Tröndle,* § 24 núm. 6; *Lackner,* § 24 núm. 18; *Wessels,* Allg. Teil núm. 644. De otra opinión, demandando el valor ético del motivo del desistimiento Anders vid. los autores mencionados en la nota a pie núm. 12; además, *Bottke,* Methodik págs. 46 ss. así como en JR 1980, págs. 441 ss.; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 25. También con otro planteamiento *Jakobs,* Allg. Teil 26/30: "la motivación del desistimiento es voluntaria cuando resulta incompatible con la del hecho concreto". Es dudoso que existan "*reglas de la razón delictiva*" tal y como pretenden extraer *Roxin,* Heinitz-Festschrift págs. 255 ss. y *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 25, para resolver la cuestión de la voluntariedad y que, caso que existan, expresen algo sobre el particular.

[32] Mostrando su acuerdo con el "punto de vista psicológico" del BGH, *Lackner,* § 24 núm. 18; *Kühl,* Allg. Teil § 16 núm. 54. Críticamente, *Lampe,* JuS 1989, págs. 612 ss.; *Jakobs,* JZ 1988, págs. 519 ss. Por el contrario, a favor de una valoración normativa del motivo del desistimiento, *Bloy,* JR 1989, pág. 71; *Grasnick,* JZ 1989, págs. 821 ss.; *Herzberg,* Lackner-Festschrift págs. 338 ss.; *Ulsenheimer,* Rücktritt pág. 314.

51 II 6)[33]. En cambio, hay que aceptarlo a pesar de negar su voluntariedad si la consumación en sí misma todavía hubiera sido posible, pero habría comportado tan graves desventajas para el autor que éste no pudo conformarse *razonablemente* con ellas (BGH 9, 48 [52 ss.]: desistimiento de una tentativa de incesto por reconocer la víctima al autor). En el enjuiciamiento de la voluntariedad hay que partir de la imagen que se ha representado el autor, de modo que también es posible un desistimiento voluntario de una *tentativa inidónea* en la medida en que el sujeto esté convencido de la idoneidad de su acción (RG 68, 82 [83]: el autor desiste de la tentativa de estafa sin darse cuenta de que había caído en una trampa; BGH 11, 324: desistimiento de una tentativa de asesinato llevada a cabo con una dosis demasiado pequeña de veneno). Ello se encuentra reconocido expresamente en el § 24 I 2: en el desistimiento de la tentativa inidónea se exige que el autor deba haberse esforzado seria y voluntariamente en impedir la consumación[34]. En particular, el descubrimiento del hecho percibido por el autor excluye la voluntariedad del desistimiento (vid. *infra* § 51 IV 3).

Ejemplos: Es *voluntario* el desistimiento que tiene lugar por razones de conciencia (RG 14, 19 [22]), por pudor (RG 47, 74 [79]), por miedo a la pena (RG 54, 326), por pánico (BGH MDR 1952, pág. 530; con otra opinión todavía RG 68, 238), a causa del mal sabor de los medios abortivos (RG 35, 102) o por los insistentes reproches del coautor (BGH 21, 319 [321]). Es *involuntario* el desistimiento motivado por el miedo a un descubrimiento inminente (RG 37, 402 [406]; 38, 402 [404]; BGH NStZ 1984, pág. 116) o por haberle sido impedida la retirada al autor (RG DJ 1938, 596 [597])[35]. En el supuesto de inhibiciones psíquicas depende de si poseen una naturaleza forzosa (BGH GA 1986, pág. 418; BGH StV 1984, pág. 329; NStZ 1994, pág. 428).

3. Un problema especial del desistimiento de la tentativa inacabada es el del **error acerca de la idoneidad de la acción de desistimiento**. La Ley sólo prevé la posibilidad de un desistimiento liberatorio de la pena en la *tentativa*; si el hecho se consuma —aún sin el conocimiento del autor— queda excluido el desistimiento. Si el resultado acaece *antes* de lo que el autor había previsto y con anterioridad al comienzo de sus esfuerzos

[33] Esta idea también se corresponde con la conocida fórmula de *Frank*, § 46 comentario II: "El desistimiento es voluntario cuando el autor se dice a sí mismo: no quiero alcanzar el objetivo aunque podría hacerlo; no lo es si el autor se dice a sí mismo: no puedo alcanzar el objetivo aunque quisiera". Crítico también, *Roxin*, Heinitz-Festschrift pág. 254.

[34] No es necesaria la idoneidad objetiva de la actividad dirigida al impedimento de la consumación; vid. *Grünwald*, Welzel-Festschrift págs. 715 ss.; *Lenckner*, Gallas-Festschrift págs. 297 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 71.

[35] Subraya acertadamente que aquí a menudo no se trata de una involuntariedad en sentido lógico, sino de la cuestión práctica de cuál es el precio que razonablemente alguien está dispuesto a pagar por el delito, *Graf zu Dohna*, ZStW 59 (1940) págs. 544 ss.

dirigidos al desistimiento, entonces éste ya no sirve de nada porque el hecho ya estaba consumado en ese instante. Está también excluido el desistimiento cuando el resultado, frente a lo esperado por el autor, tiene lugar *despues* de que éste se abstenga de seguir ejecutando el hecho[36]. En estos supuestos, como máximo, se plantea la cuestión de la existencia de una situación en la que decae la imputación objetiva (vid. *supra* § 28 IV 4) o en la que concurre un error sobre el curso causal que excluye el dolo (vid. *supra* § 29 V 6b), de ahí que por lo tanto sólo sea aceptable el castigo por una tentativa. De esta última puede desistirse de acuerdo con las reglas generales[37].

IV. El desistimiento de la tentativa acabada (§ 24 I 1, en su segunda alternativa)

Para que el **desistimiento de la tentativa acabada** libere de la pena al autor se exige que éste haya evitado voluntariamente la consumación del hecho (BGH 33, 295 [301]).

1. Desde una **perspectiva objetiva** el desistimiento de la tentativa acabada exige *más* que el de la inacabada, puesto que en la primera el hecho se caracteriza por haber alcanzado el término de la acción ejecutiva. El autor debe evitar la producción del resultado por medio de una *actividad propia* o, en su caso, con la ayuda de un tercero (RG 15, 44 [46]: impedimento de la disposición patrimonial lesiva para el estafado por un apoderado). Su actividad, además, debe *dirigirse* a la evitación del resultado (RG 63, 158 [159]: no es imaginable un desistimiento sin la voluntad de renunciar al hecho o de interrumpirlo). Resulta equívoca la expresión "arrepentimiento activo" utilizada con frecuencia para el desistimiento de la tentativa acabada, pues el arrepentimiento no tiene por qué haber sido el motivo del desistimiento ni aquí ni en la tentativa inacabada (RG 61, 115 [117]). Finalmente, el desistimiento también debe tener *éxito*: si a pesar de la contrainiciativa del autor acaece el resultado se le responsabiliza por el delito consumado (BGH VRS 61, 262)[38]. Únicamente cuando la evitación del resultado es impedida

[36] No obstante, a favor de la posibilidad de desistimiento de una tentativa supuestamente inacabada, *Eser*, Strafrecht II núm. 33 A núm. 48; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 24; *Schröder* JuS 1962, pág. 82; *v. Scheurl*, Rücktritt págs. 48 ss.; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núm. 34; *Herzberg*, JZ 1989, págs. 114 ss.

[37] En el mismo sentido que aquí, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 504; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 501; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 716; *Krauß*, JuS 1981, pág. 886; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 16.

[38] La posibilidad de prescindir de la pena a pesar del fracaso del intento de evitar el resultado sólo está prevista en los §§ 83a I, II, 84 V, 85 III, 129 VI núm. 1, 129a V. Acerca de la aplicación analógica de estas disposiciones vid. *Schröder*, H. Mayer-Festschrift págs. 386 ss.

dolosamente por el propio ofendido resulta justificada la aplicación analógica del § 24 I 2[39]. Tal y como ya fue comentado (vid. *supra* § 51 III 2), de conformidad con dicho precepto es suficiente para el desistimiento el esfuerzo serio y voluntario de llevarlo a cabo si el resultado no tiene lugar por motivos distintos a los del desistimiento, algo que por ejemplo puede suceder porque la tentativa del autor era inidónea sin saberlo éste (BGH 11, 329) o porque el resultado es frustrado a través de la intervención autónoma de un tercero. No obstante, aquí se demandan rigurosas exigencias en la intensidad de los esfuerzos de auxilio (BGH 33, 295 [302]; BGH NJW 1986, pág. 1001).

2. Hasta el momento se ha aceptado que para el desistimiento de la tentativa acabada basta con que el autor "ponga en marcha una nueva cadena causal que sea eficaz para la no consumación del hecho" (BGH StV 1981, 514 [515]; BGH NJW 1985, pág. 813; NJW 1986, pág. 1001; BGH 31, 46 [49]; 33, 295 [301])[40]. Según ello, no resulta pues relevante que el autor hubiera podido hacer más (BGH StV 1981, pág. 396). Sin embargo, el BGH ha exigido entretanto que el que desiste no pueda conformarse con la adopción de medidas que posiblemente son insufcientes, aún cuando fueron causales para la evitación del resultado y, en consecuencia, bastaron para ello (BGH 31, 46 [49]: el autor sólo condujo a su mujer gravemente herida hasta una puerta lateral del hospital donde fue encontrada inconsciente por terceras personas; BGH JZ 1989, pág. 650: en verdad la autora había llamado al médico de urgencias pero no había informado sobre la ingestión del veneno; anteriormente ya en esta dirección, BGH *Dallinger* MDR 1972, pág. 751). El autor debería, más bien, "agotar todas las posibilidades de impedir el resultado"[41].

3. También en la tentativa acabada el desistimiento presupone la **voluntariedad**. Aquí rigen correlativamente los principios expuestos *supra* § 51 III 2. Por regla general, el desistimiento es involuntario cuando el autor se sabe o cree haber sido descubierto, por lo que en esta medida debe contar con su castigo. El

[39] Vid. *Arzt*, GA 1964, pág. 1; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 510; *Lenckner*, Gallas-Festschrift págs. 392 ss.; *Otto*, Maurach-Festschrift pág. 99; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 59; *Schröder*, JuS 1962, pág. 82; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 28.

[40] En este sentido también se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Dreher/Tröndle*, § 24 núm. 7; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 120; *Grünwald*, Welzel-Festschrift pág. 715, nota a pie núm. 38; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 59; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 28.

[41] En el mismo sentido, *Lackner*, § 24 núm. 19b; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 122; *Jakobs*, ZStW 104 (1992) pág. 89; *Herzberg*, NJW 1989, pág. 867. En contra, con razón, *Puppe*, NStZ 1984, 490, porque el § 24 I 1 ya no exige más que el autor evite el resultado ("todo vale si el final es bueno"); *Rudolphi*, NStZ 1989, pág. 514; *Weinhold*, Rettungsverhalten págs. 139, 168.

Derecho anterior (§ 46 núm. 2, en su pasada redacción), incluso, había previsto el descubrimiento del hecho como único criterio para afirmar la falta de voluntariedad. Sin embargo, con toda razón el legislador de 1975 se ha separado de un criterio semejante, pues la voluntariedad en el caso concreto también puede concurrir en el hecho descubierto o faltar en el que todavía no lo ha sido. De acuerdo con lo dicho, hay que aceptar la impunidad si objetivamente el hecho fue descubierto pero el autor nada supo de ello. El hecho está descubierto si éste es percibido sustancialmente en su cualidad criminal por parte un tercero que podría impedir el resultado o iniciar un procedimiento penal (RG 38, 402 [403]: alguien descubre la tentativa de incendio por la salida de humo en una habitación; RG 68, 242 [243]: un niño que presencia una tentativa de asesinato sólo ha descubierto el hecho cuando percibe que está en marcha la comisión de un delito; BGH NJW 1969, 1073: se descubre una tentativa de asesinato mediante veneno si el marido se entera a través de un niño pequeño que la madre le había administrado algo y extrae de ello la conclusión correcta). La obtención de un cómplice del desistimiento no constituye descubrimiento sino que es una parte de la evitación del resultado (BGH 11, 324 [325]). También el *ofendido* puede haber descubierto el delito en tanto que por su parte podría evitar el resultado o iniciar la persecución penal del autor (RG 66, 61 [62 ss.]; BGH JR 1952, pág. 414)[42]. De acuerdo con la jurisprudencia (RG 26, 77 [78]; BGH 24, 48 [50]) este principio debe poseer validez general. Lo correcto, sin embargo, es que el descubrimiento del hecho por la víctima, tal y como necesariamente sucede en los delitos violentos o de amenazas, no conduzca a la exclusión del desistimiento porque de lo contrario éste, en la práctica, siempre estaría descartado[43].

V. El desistimiento del delito consumado, de los actos preparatorios autónomos y de los delitos de emprendimiento

1. También en los **delitos consumados** la Ley prevé en algunos tipos penales la exención de pena para el caso de abandono voluntario del hecho. Tales supuestos son, por ejemplo, el "arrepentimiento activo" en el delito de incendio (§ 310[44]), en el atentado contra una aeronave (§ 316c IV[45]), así como el impedimento de

[42] Vid. *Baumann*, JuS 1971, pág. 631; *Bringewat*, JuS 1971, pág. 403; *Dreher*, NJW 1971, pág. 1048; *Dreher/Tröndle*, § 24 núm. 9; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 130; *Eser*, Strafrecht II núm. 34 A núms. 16 ss.

[43] Vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 244; *el mismo*, JA 1971, pág. 298; *Mezger*, Lehrbuch pág. 406; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 52; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 130; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 29.

[44] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306e (N del T).

[45] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 320 I y IV (N del T).

la continuidad de una asociación criminal (§ 129 VI). En los dos primeros casos el autor debe efectivamente evitar el resultado final amenazante y en el § 129 VI incluso el esfuerzo serio en su impedimento puede conducir a la impunidad. En alguna ocasión, también en los delitos de peligro abstracto y concreto está prevista la exención de pena para el caso de que el autor elimine a tiempo el riesgo creado por él (por ejemplo, §§ 158, 315 VI[46])[47].

Originariamente las disposiciones especiales sobre desistimiento de delitos consumados sólo disponían la plena impunidad en el caso del § 310 y en el supuesto de desistimiento de la omisión de denuncia de delitos graves (§ 139 IV 1), mientras que en los demás sólo estaba prevista una simple atenuación de la pena o la dispensa de la misma. Sin embargo, la 1. StrRG ha introducido también la impunidad cuando es evitado el resultado dañoso en los delitos relativos a los partidos políticos (§§ 84 V, segunda mitad, 85 III), en los delitos vinculados con la manipulación de explosivos (§ 311c III[48]), en la puesta en peligro del transporte (§ 315 VI 2[49]) y en las modalidades imprudentes de las maniobras peligrosas para el tráfico viario (§ 315b VI[50]). Sin embargo, en el secuestro de personas con finalidad de extorsión (§ 239a III[51]) y en la toma de rehenes (§ 239b II) sólo existe, al igual que en la tentativa, una atenuación facultativa de acuerdo con el § 49 I, mientras que, por el contrario, de acuerdo con el § 31 BtMG la colaboración con los órganos encargados de la persecución penal conduce a la atenuación de la pena según el § 49 II o a la dispensa de la misma (en relación con sus requisitos, BGH NStZ 1984, pág. 414; OLG Düsseldorf MDR 1984, pág. 605).

2. Además, para los **actos preparatorios** rigen disposiciones especiales sobre desistimiento que están configuradas de acuerdo con los propios tipos penales (vid. *supra* § 49 VI 2).

Deben mencionarse el desistimiento de la tentativa de codelincuencia (§ 31), el desistimiento de la preparación de un delito de alta traición (§ 83a II), el abandono del hecho o la evitación del resultado en la preparación de los delitos vinculados con la manipulación de explosivos (§ 311c III núm. 2[52]) y el desistimiento de la preparación de un atentado contra una aeronave (§ 316c III, IV[53]).

---

[46] La última remisión debe entenderse realizada al vigente § 320 II núm. 1 y III núm. 1 a) (N del T).

[47] Vid. *Koch*, Rücktritt vom vollendeten Delikt págs. 44 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 116.

[48] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 314a II núm. 2 e) y III núm. 1 d) (N del T).

[49] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 320 II núm. 1 y III núm. 1 a) (N del T).

[50] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 320 II núm. 2 y III núm. 1 b) (N del T).

[51] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 239a IV (N del T).

[52] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 314a II núm. 2 b) y III núm. 1 b) (N del T).

[53] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 320 III núm. 2 (N del T).

Es obligada la aplicación *analógica* de estas disposiciones a casos similares en los que falta una regulación especial del desistimiento (así, BGH 6, 87, en relación con el § 234a III)[54].

3. Finalmente, para el desistimiento de los **delitos de emprendimiento** (vid. *supra* § 26 II 7) rigen también disposiciones especiales, si bien sólo en tres casos; a saber: en el desistimiento del delito de alta traición (§ 83a I), en el ataque al conductor de un vehículo con la finalidad de robar (§ 316a II[55]) y en el delito de secuestro de aviones (§ 316 IV[56]). También aparece justificada la aplicación *analógica* de estas disposiciones especiales a todos los delitos de emprendimiento (incluidos los impropios) (de otra opinión, sin embargo, BGH 15, 198 [199] en relación con el § 122 II[57]) (vid. *supra* § 49 VIII 2)[58].

VI. Efectos del desistimiento

1. De acuerdo con el § 24 el desistimiento voluntario comporta la impunidad de quien renuncia a la comisión del delito. De acuerdo con la concepción dominante se trata de una **causa personal de revocación de la pena** (vid. *infra* § 52 II 2), pues con el desistimiento queda intacta tanto la tipicidad como la antijuricidad del hecho y sólo hasta cierto grado queda compensada la culpabilidad del autor[59]. Para los partidarios de la fundamentación político-criminal de la

---

[54] Vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núms. 116 ss.

[55] Salvo error u omisión en la actualidad no está previsto expresamente el desistimiento en este delito (vid. §§ 316a II y 320) (N del T).

[56] La remisión debe entenderse realizada al § 320 I en relación con el § 316c I *in fine* (N del T).

[57] Actualmente el § 122 se encuentra derogado (N del T).

[58] Vid. *Schröder*, Kern-Festschrift págs. 462 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 119; *Bottke*, Methodik págs. 340 ss.

[59] Vid. RG 72, 349 (350); BGH 7, 296 (299); BGH StV 1982, pág. 1; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 503; *Blei*, Allg. Teil pág. 247; *Dreher/Tröndle*, § 24 núm. 3; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 22; *Lackner*, § 24 núm. 1; *Kohlrausch/Lange*, § 46 comentario núm. II; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 41 núm. 130; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 3; *Welzel*, Lehrbuch pág. 196; *Wessels*, Allg. Teil núm. 626. A favor de la introducción del desistimiento como elemento negativo en el tipo de la tentativa, *Reinhard v. Hippel*, Rücktritt págs. 72 ss. En el mismo sentido se pronuncia una parte de la doctrina penal española: vid. *Muñoz Conde*, ZStW 84 (1972) pág. 764 nota a pie núm. 30. En contra de esta teoría, con razón, *Roxin*, Heinitz-Festschrift pág. 275; *Muñoz Conde*, ZStW 84 (1972) pág. 767. No obstante, de forma similar a *Reinhard v. Hippel*, *Bloy*, Dogmatische Bedeutung págs. 175 ss. (desaparición del merecimiento de pena en el ámbito del injusto). A favor de su configuración como una causa de exculpación *Roxin*, Heinitz-Festschrift pág. 273; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 6; *Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritts pág. 90; a favor

impunidad del desistimiento esta consecuencia es evidente, pues las consideraciones que conducen al reconocimiento del privilegio de esta figura no tienen nada que ver con el hecho mismo. Pero también la teoría que recurre a la recompensa por el mérito que reside en la voluntariedad del desistimiento puede comprender a éste como una causa personal de revocación de la pena, puesto que con el abandono de la empresa delictiva la culpabilidad no queda eliminada sino tan sólo parcialmente compensada[60]. Por el contrario, el punto de vista global ofrecido por la teoría unitaria de la tentativa y el desistimiento (vid. *supra* § 51 I 5) conducen a entender a éste como un *elemento negativo del merecimiento de pena* que, por un lado, no está vinculado incondicionalmente a la falta de consumación formal del delito y, por otro, también puede ser tenido en cuenta a través de una simple atenuación de la pena o por medio de la dispensa de ésta[61].

2. Según el § 24 I 1 el efecto del desistimiento consiste en que el autor no es castigado "por la tentativa"[62]. Impune es, por tanto, sólo la tentativa "como tal". Si en esta última ya está contenido un delito consumado, éste sigue siendo punible a pesar de la existencia del desistimiento voluntario **(tentativa cualificada)**. Ello rige tanto en el concurso ideal de infracciones como en el concurso de normas. Y es que un delito consumado no puede permanecer impune porque el autor haya intentado simultáneamente con el mismo otro delito.

Ejemplos: En el desistimiento que determina la impunidad de un robo con allanamiento (§ 243 I núm.1) puede responderse por daños en las cosas y por allanamiento de morada (RG 40, 430). Quien desiste de la tentativa de violación (§ 177) sigue siendo, en su caso, responsable de una agresión sexual según el § 178[63] (RG 23, 225; BGH 7,

---

de la exclusión de la responsabilidad *Roxin*, Allg. Teil I § 23 núm. 17. Llendo más allá menciona *Jakobs*, Allg. Teil 26/2, la existencia en el desistimiento de una "minimización de la infracción de la norma" y, en verdad, "de *todos* los grados del delito". A favor de una causa que influya en la determinación de la pena *Bottke*, Methodik págs. 603 ss.; *Burkhardt*, Rücktritt pág. 121; De otra opinión también *v. Scheurl*, pág. 14.

[60] Vid. *Allfeld*, Frank-Festgabe Tomo II pág. 76; *Wessels*, Allg. Teil núm. 626. Por el contrario, a favor del desistimiento como causa de exculpación, *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 6; *Ulsenheimer*, Rücktritt págs. 103, 130.

[61] Así, *Lang-Hinrichsen*, Engisch-Festschrift pág. 373; *Schmidhäuser*, Radbruch-Gedächtnisschrift pág. 280; *el mismo*, Allg. Teil págs. 623 ss. En esta dirección también *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 707; *Burkhardt*, Rücktritt pág. 116.

[62] Las consecuencias jurídicas fuertemente diferenciadas que comporta el desistimiento en otras disposiciones [por ejemplo, §§ 83a, 315 VI (esta última remisión debe entenderse realizada al vigente § 320 II núm. 1 y III núm. 1 a) (N del T)]; al respecto, más detalladamente, *supra* § 51 V 1) no han sido asumidas por el § 24 y, por ello, no son susceptibles de aplicación analógica; vid. *Burkhardt*, Rücktritt págs. 184 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 108.

[63] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 177 I (N del T).

296 [300]; 17, 1 [2]; OLG Düsseldorf NJW 1983, pág. 767: aún cuando ésta decayera en virtud de un concurso de leyes) o de unas lesiones corporales agravadas de acuerdo con el § 223a[64] (BGH 9, 48 [53]). Si el testigo desiste del falso testimonio antes de prestar juramento, es punible por la propia declaración falsa realizada sin juramento de conformidad con el § 153, pero aquí resulta aplicable el § 158 (BGH 8, 301 [315]). En el desistimiento de la tentativa de asesinato con veneno el autor puede ser responsable por el envenenamiento mismo según el § 229[65] [66]. En el desistimiento de una tentativa de asesinato sigue existiendo la lesión corporal ya consumada (acerca de la relación entre el dolo del homicidio y de las lesiones, BGH 16, 122)[67]. En cambio, la conclusión del acuerdo previo al delito (§ 30 II) es absorbido por el desistimiento (BGH 14, 378).

Es dudosa la cuestión de si el *delito de peligro* contenido en una tentativa vuelve a resurgir por el desistimiento. En este punto hay que distinguir entre delitos de peligro abstractos y concretos[68]. Los efectos del desistimiento abarcan también la consumación de un delito de peligro *concreto* en la medida en que se refiera al mismo bien jurídico, pues la puesta en peligro de éste es sólo el grado previo a su lesión (de esta forma, el desistimiento previsto en el § 310[69] hace decaer la punibilidad por el del § 310a[70]; de otra opinión, BGH 39, 128 con comentario crítico de *Gropengießer*, StV 1994, pág. 19)[71]. En cambio, también en la hipótesis de desistimiento subsiste la punibilidad por el delito de peligro *abstracto* a causa de su peligrosidad general (por ejemplo, sigue siendo punible la preparación según el § 149 cuando el autor desiste de la tentativa de falsificación de moneda, en la medida en que simultáneamente no se hayan cumplido los presupuestos del § 149 II o III).

---

[64] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 (N del T).

[65] Vid. el caso descrito por *Dopffel*, GS 94 (1927) pág. 422.

[66] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 I núm. 1 (N del T).

[67] Según *Olshausen*, § 46 comentario núm. 2 la impunidad también debe comprender la responsabilidad por delitos previos leves (por ejemplo, § 303 frente al § 243 I núm. 1), pero lo adecuado en tales casos es aplicar el § 153 StPO; en cambio, *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 204 y *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 110, pretenden apoyarse en el § 154 StPO (al igual que en la edición anterior de esta obra en la pág. 495 nota a pie núm. 51).

[68] Asimismo, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 41 núm. 132; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 110; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núms. 198 ss.; *Tröndle*, GA 1962, pág. 231; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 640.

[69] Véase la nota a pie siguiente (N del T).

[70] Salvo error u omisión, el Derecho alemán vigente (cfr. §§ 306e y 314a) ya no prevé expresamente la posibilidad de desistimiento del delito de ocasionamiento de un peligro de incendio contenido en el vigente § 306f (N del T).

[71] En la misma línea del BGH, *Dreher/Tröndle*, § 310 núm. 5; en el sentido del texto se pronuncia la doctrina dominante; vid. *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 198.

3. Cuando **intervienen varias personas en el delito**[72] el desistimiento, como causa *personal* de revocación de la pena que es, sólo proporciona la impunidad al codelincuente que desiste *por sí mismo* (vid. *infra* § 52 III 2), pero no al resto de los intervinientes (coautores, inductores y cómplices) (RG 56, 209 [210]; BGH 4, 172 [179]). Estos últimos deben también desistir de su conducta si pretenden merecer la impunidad. Los requisitos para el desistimiento cuando toman parte en el hecho varias personas se regulan en el § 24 II[73]. Si el partícipe se ha esforzado en vano en hacer cambiar de opinión al autor, entonces el desistimiento se considera fallido[74]. El desistimiento puede llevar consigo, por una parte, que el partícipe impida la consumación del hecho en el que ha participado (§ 24 II 1). Si a pesar de los esfuerzos del partícipe, finalmente el autor principal comete el hecho de un modo diverso (por ejemplo, en otro momento o sobre un objeto distinto), entonces el desistimiento es eficaz en la medida en que el nuevo hecho se muestre como un exceso del autor (vid. *infra* § 64 II 4 y III 3, § 63 I 3c)[75]. Si el delito no se consuma por causas independientes al partícipe (tentativa inidónea o fracasada, desistimiento del autor principal, etc.), entonces basta el esfuerzo serio y voluntario del partícipe destinado a impedir el resultado (§ 24 II 2, primera alternativa)[76]. Incluso aunque el hecho se cometa el partícipe puede lograr la impunidad a través del desistimiento. Para ello son necesarias dos condiciones: en primer lugar, la completa (y en esta medida "exitosa") anulación de su propia aportación al hecho y, en segundo lugar, su esfuerzo serio y voluntario dirigido a evitar la consumación del hecho (§ 24 II 2, segunda alternativa). En cambio, para el desistimiento no es suficiente con que el partícipe simplemente desista de su contribución al delito sin esforzarse en impedir la consumación[77]. Asimismo, no basta con que el partícipe emprenda

---

[72] En relación con el Derecho extranjero vid. *Jescheck*, ZStW 99 (1987) págs. 141 ss.

[73] Al respecto, *Dreher/Tröndle*, § 24 núm. 15; *Lackner*, § 24 núms. 25 ss.; *Gores*, Rücktritt pág. 138; *Otto*, JA 1980, págs. 641, 707; *Krauß*, JuS 1981, pág. 888; *v. Scheurl*, Rücktritt pág. 14; *Wessels*, Allg. Teil núm. 652; *Mitsch*, Baumann-Festschrift pág. 100.

[74] Vid. *Lenckner*, Gallas-Festschrift págs. 289 ss.; *LK(10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 162; *Jakobs*, Allg. Teil 26/29; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 76.

[75] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 24 núm. 16; *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núms. 166 ss. (acerca de la identidad del hecho vid. núm. 171); *Grünwald*, Welzel-Festschrift pág. 713; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núm. 97; *v. Scheurl*, Rücktritt pág. 120; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 91; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 39.

[76] Esta segunda posibilidad para el desistimiento del partícipe se corresponde con la regulación del § 24 I relativa al desistimiento del propio autor.

[77] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 24 núm. 16; *Lackner*, § 24 núm. 26; *Preisendanz*, § 24 comentario núm. 7c; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núm. 98; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 36. La agravación existente en este punto frente a la regulación del Derecho anterior en la que bastaba la anulación

un único y prometedor intento de evitar el resultado[78]: si se da cuenta de que sólo con la eliminación de su aportación al hecho no puede impedir la consumación, debe seguir esforzándose en conseguirlo[79]. En cambio, es suficiente para el desistimiento de uno de los codelincuentes que se ponga de acuerdo con otro de ellos cuyo desistimiento es el que finalmente evita la consumación (RG 56, 209 [211]; BGH NStZ 1989, pág. 317)[80].

Ejemplos: Cuando el inducido abandona la ejecución posterior del hecho a consecuencia de los esfuerzos desarrollados por el inductor para que lo haga, entonces la impunidad tiene también lugar para este último (RG 47, 358 [361]; 56, 209 [210]). El cómplice que ha aceptado la petición de apoyar una estafa procesal por medio de la prestación de un testimonio falso materializa su desistimiento si por medio de su declaración veraz frustra la consumación de la defraudación proyectada (RG 62, 405 [406]); no lo hace, en cambio, el cómplice que abandona su puesto de observador (BGH GA 1966, 209) o que no ayuda al transporte del botín cuando el autor puede concluir también sin él (BGH NStZ 1983, pág. 364). El coautor sólo puede merecer la impunidad eliminando la eficacia causal de su aportación al delito o evitando la consumación de éste; en el hecho consumado "no puede estar contenido lo que se encuentre en conexión causal con la parte de la acción conjunta que ya ha sido ejecutada por él" (RG 54, 177 [178]; 59, 412 [413]; BGH NJW 1951, pág. 410). Si en la autoría mediata el cómplice desiste a instancias del hombre de atrás, entonces el desistimiento también beneficia a éste (RG 39, 37 [41]), pero no si aquél lo hace por otras circunstancias. No ha desistido el interviniente que además de no prestar la aportación al hecho con la que se había comprometido, antes del comienzo del atraco a un banco hace "un breve intento verbal" de disuadir a la coautora que finalmente ejecuta el hecho (BGH 28, 346 [348]). El abandono de la resolución delictiva por parte

---

de la propia contribución al hecho (vid. la 2.ª ed. de esta obra pág. 414), está fundamentada sobre la mayor peligrosidad de aquel delito en el que intervienen varias personas (BT-Drucksache V/4095 pág. 12), algo que desde luego no convence puesto que el desistimiento del partícipe presupone precisamente que no ha quedado nada de su contribución al delito. Críticos también en este punto, *Grünwald,* Welzel-Festschrift pág. 701; *J. Meyer,* ZStW 87 (1975) pág. 619; *Lenckner,* Gallas-Festschrift pág. 305; *Roxin.*, Einführung pág. 24; *v. Scheurl,* Rücktritt págs. 14 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 844; *LK (10.ª)(Vogler)* núms. 155 ss.; *Walter,* Rücktritt págs. 13 ss.; positivamente, sin embargo, *Gores,* Rücktritt pág. 232. En el fondo, tras la nueva regulación subyace la idea de que quien ya ha colaborado no puede permanecer impasible cuando los demás siguen adelante; así, *Dreher/Tröndle,* § 24 núm. 16. Sin embargo, ello supone una responsabilidad por hechos ajenos, algo que es extraño a nuestro Derecho penal.

[78] Así, *Grünwald,* Welzel-Festschrift págs. 716 ss.; *SK (Rudolphi)* § 24 núm. 41.

[79] En este sentido, *Lenckner,* Gallas-Festschrift pág. 299; *Schönke/Schröder/Eser,* § 24 núm. 103; *Gores,* Rücktritt págs. 20 ss.

[80] *LK (10.ª)(Vogler)* § 24 núm. 170; *Dreher/Tröndle,* § 24 núm. 15.

de un coautor únicamente puede servir de descargo a éste cuando se lo ha hecho saber al otro coautor (BGH 37, 289 [293]).

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

Por regla general, el injusto y la culpabilidad son suficientes como presupuestos materiales de la punibilidad. Sin embargo, hay casos en los que con aquéllos no está comprobada definitivamente la necesidad de pena y la decisión acerca de la punibilidad del hecho decae por causa de elementos que residen más allá del injusto y de la culpabilidad. Estos factores adicionales puede afectar a la cuestión de la punibilidad y por ello pertenecen al Derecho penal *material*. Deben, asimismo, ser distinguidos de los *presupuestos procesales* o de las *condiciones objetivas de procedibilidad* (como la querella o la amnistía) que no afectan a la punibilidad sino a la perseguibilidad del delito. Fuera del injusto y de la culpabilidad, las causas materiales de las que todavía depende la punibilidad vienen determinadas por las causas personales de exclusión y de revocación de la pena (vid. *infra* § 52) y las condiciones objetivas de punibilidad (vid. *infra* § 53).

§ 52 Las causas personales de exclusión y de revocación de la pena

Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs-und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Bulla,* Zum Irrtum beim Familiendiebstahl, JuS 1974, pág. 231; *Kielwein,* Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, pág. 225; *Koch,* Zum Antragsrecht beim "Famillendiebstahl", GA 1962, pág. 304; *Peters,* Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR 1949, pág. 496; *Rittler,* Strafbarkeitsbedingungen, Festgabe für R. v. Frank, Tomo II, 1930, pág. 1; *Roxin,* Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen, JuS 1988, pág. 425; *Schmidhäuser,* Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71 (1959) pág. 545; *Stree,* In dubio pro reo, 1962; *v. Weber,* Das Absehen von Strafe, MDR 1956, pág. 705.

I. Naturaleza de las excepciones personales de la punibilidad

1. Las excepciones personales de la punibilidad son circunstancias que no afectan ni al bien jurídico protegido, ni a la forma de comisión del hecho, ni tampoco a la actitud del autor frente al Derecho. Se encuentran más allá del injusto y de la culpabilidad pero, no obstante, están conectadas con la **persona**

del autor[1]. En los casos en los que concurren estas circunstancias es afirmable en sí mismo el **merecimiento de pena** del hecho, pero aquí no son sólo decisivos el injusto y la culpabilidad. Más bien, las excepciones especiales de carácter personal tienen por consecuencia que desde un principio esté excluida la **necesidad de pena** del hecho o que ésta, posteriormente, sea suprimida[2]. El significado de estos contramotivos del castigo es, en parte, de naturaleza extrajurídica como sucede con la protección de la libertad parlamentaria de expresión y votación en la inviolabilidad de los diputados (vid. *supra* § 19 II 2) y, en parte también, se debe a un punto de vista específicamente jurídico-penal como el de la idea de que el autor merece indulgencia a causa del desistimiento voluntario de la tentativa (vid. *supra* § 51 I 3). El legislador posee la libertad de dejar espacio a consideraciones de esta naturaleza pues aunque, ciertamente, rige el principio de que "no hay pena sin culpabilidad" lo contrario, sin embargo, no es siempre así.

2. Fuera del injusto y de la culpabilidad, determinadas circunstancias personales no están configuradas como causas de exclusión de la pena sino que poseen únicamente el efecto de los *presupuestos procesales*. Y así, el hurto y la apropiación indebida en el ámbito doméstico y familiar son delitos únicamente perseguibles a instancia de parte (§ 247). Lo mismo rige para la receptación (§ 259 II), la estafa (§ 263 IV), la obtención subrepticia de prestaciones (§ 265a III) y la administración fraudulenta (§ 266). La influencia perserverante del agente provocador sobre el autor fue considerada en parte como un *obstáculo procesal* por la jurisprudencia y la doctrina (BGH NStZ 1981, pág. 70; 1981, pág. 394; 1982, pág. 156) aunque, más recientemente, es considerada por los tribunales como una *causa de atenuación de la pena* (BGH 32, 345 [355]; BGH NJW 1986, págs. 75 ss.; NStZ 1986, pág. 162).

---

[1] Asimismo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 459 ss.; *Bulla*, JuS 1974, pág. 231; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 17 antes del § 32; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 19 A núms. 14 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 29 antes del § 13; *Roxin*, JuS 1988, pág. 432; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 14 antes del § 19; *Wessels*, Allg. Teil núm. 493. En contra del elemento "personal" *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 225 antes del § 32; a favor de la separación entre los elementos materiales y los personales *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 35 núms. 30 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 131 antes del § 32. Es correcto reconocer que también hay causas materiales de exclusión de la pena como, por ejemplo, § 37 y § 186 que, en consecuencia, surtén asimismo efectos frente a los partícipes.

[2] Asimismo, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 196 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 488 ss. Por el contrario, *Roxin*, Allg. Teil I § 23 núm. 4, sólo relaciona el criterio de la "necesidad de pena" a su teoría de la responsabilidad. De forma diversa, *Jakobs*, Allg. Teil 10/15, acepta "condiciones referidas a roles sociales que excluyen el injusto o la tipicidad penal".

II. Clases de excepciones personales de la punibilidad

Las excepciones personales de la punibilidad se clasifican en causas de *exclusión* y causas de *revocación* de la pena[3].

1. Las **causas personales de exclusión de la pena** son determinadas circunstancias obstaculizadoras del castigo que deben existir en el *momento de la comisión del hecho*. A esta clase pertenece la inviolabilidad de los diputados (art. 46 I GG, § 36 StGB) (vid. *supra* § 19 II 2). Asimismo, la impunidad derivada de las actas literales de las sesiones parlamentarias (§ 37) (vid. *supra* § 19 II 3) constituye una causa personal de exclusión de la pena en la que, no obstante, existe la particularidad de que no es personal sino que posee efectos materiales y, por ello, también puede beneficiar a los partícipes.

A menudo el círculo de las causas personales de exclusión de la pena es trazado más ampliamente que aquí. *Peters*[4] incluye también el supuesto del conflicto insoluble de deberes (vid., en contra, *supra* § 19 II 3). Además, la doctrina dominante también considera como tales el privilegio de la minoría de edad en el § 173 III[5] y el privilegio entre parientes del § 258 VI[6] (vid., en contra, *supra* § 42 II 1). También es en parte interpretada como causa personal de exclusión de la pena, la sustracción a la jurisdicción nacional que opera en Derecho internacional público de aquellas personas que gozan del privilegio de la extraterritorialidad (vid., en contra, *supra* § 19 III 2)[7].

2. Las **causas personales de revocación de la pena** son aquellas circunstancias que entran en juego tras la comisión de la acción punible y que eliminan retroactivamente una punibilidad ya surgida. El principal ejemplo es el desisti-

---

[3] Esta distinción es habitual; vid. *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 17 antes del § 32; *Roxin*, Allg. Teil I § 23 núm. 4; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 127 y 133, antes del § 32; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 14 antes del § 19. En contra, sin embargo, *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 225 antes del § 32.

[4] *Peters*, JR 1949, pág. 498.

[5] Así, por ejemplo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 461; *Dreher/Tröndle*, § 173 núm. 8; *Lackner*, § 173 núm. 7; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 173 núm. 9.

[6] Así, *Dreher/Tröndle*, § 258 núm. 16; *Lackner*, § 258 núm. 17; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 100 núm. 24; *Schönke/Schröder/Stree*, § 258 núm. 39. En el sentido del texto *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 227 antes del § 32; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 10 antes del § 19.

[7] Fuera del injusto y de la culpabilidad, considerando a la extraterritorialidad, la inviolabilidad, la inmunidad y la concesión del indulto (en la medida en que no se trata sólo de la inadmisibilidad de responsabilidad) dentro de los obstáculos jurídico-materiales del castigo, *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung págs. 57, 73, 87, 211. Una visión global del tema la suministra *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 226 antes del § 32.

miento de la tentativa de acuerdo con los §§ 24, 31, 159 (RG 16, 347; 37, 402 [405]; 56, 149 [150]), así como el desistimiento que excepcionalmente libera de pena en el hecho consumado, en los actos preparatorios autónomos y en los delitos de emprendimiento (vid. *supra* § 51 V). En muchos casos de desistimiento no está prevista la impunidad sino tan sólo la atenuación o la dispensa de la pena (por ejemplo, §§ 83a, 84 V, 87 III, 158 I, 316a II[8])[9]. Una causa personal de revocación de la pena es, asimismo, la remisión definitiva de la pena tras la expiración del plazo de prueba (§§ 56g I 1, 57 III). Por el contrario, el indulto, la amnistía y la prescripción de la persecución penal poseen una *naturaleza doble*: son tanto causas de revocación de la pena como impedimentos procesales[10].

También el círculo de las causas personales de revocación de la pena es en parte trazado más ampliamente a como aquí se hace. De ahí que a menudo el privilegio entre parientes[11], la disposición especial para abogados, defensores y médicos[12] recogida en el § 139 III 2, así como el ejercicio de la posibilidad de elección del § 139 IV[13], aparecen como causas personales de revocación de la pena. En el primer caso se trata de una causa de exculpación (vid. *supra* § 42 II 1), en el segundo de una causa de justificación derivada del secreto profesional[14] y en el tercero de una exclusión de la tipicidad de la omisión de denuncia de delitos[15].

---

[8] Salvo error u omisión en la actualidad no está previsto expresamente el desistimiento en este delito (vid. §§ 316a II y 320) (N del T).

[9] La dispensa de la pena no significa absolución, sino una declaración de culpabilidad que no va acompañada de la pena, vid. al respecto *v. Weber*, MDR 1956, pág. 707. La diferencia también reside, prescindiendo del contenido de la sentencia, en que el acusado en la dispensa de la pena es considerado condenado y, por ello, debe hacer frente a las costas procesales según el § 465 I 2 StPO.

[10] Asimismo, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 462; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 4 antes del § 78; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 10 antes del § 78; *Jakobs,* Allg. Teil 10/22; a favor, sin embargo, de considerarlos sólo como impedimentos procesales *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 75 núm. 15; *LK (10.ª)(Jähnke)* nota preliminar núm. 9 antes del § 78; *Roxin,* Allg. Teil I § 23 núm. 57; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 3 antes del § 78.

[11] Así, *Dreher/Tröndle,* § 139 núm. 6; *Lackner,* § 139 núm. 3; *Maurach/Schroeder/Maiwald,* Bes. Teil II § 98 núm. 26.

[12] Así, *Maurach/Schroeder/Maiwald,* Bes. Teil II § 98 núm. 26; *Welzel,* Lehrbuch pág. 518.

[13] Así, *Lackner,* § 139 núm. 4.

[14] Así, *Dreher/Tröndle,* § 139 núm. 7. Para *Kielwein*, GA 1955, pág. 231, la omisión en este caso no es ni siquiera típica.

[15] Así, *Schönke/Schröder/Cramer,* § 139 núm. 6.

III. Tratamiento de las excepciones personales de la punibilidad

1. Dado que las causas personales de exclusión de la pena se encuentran fuera del injusto y de la culpabilidad, ni el dolo del autor ni el conocimiento de la antijuricidad necesitan estar referidas a aquéllas. Lo importante es sólo su concurrencia objetiva, de modo que un **error** sobre las mismas es **irrelevante**[16].

Ejemplo: También el diputado que no conoce la regulación de la inviolabilidad puede no ser castigado si concurren los requisitos del § 36. Al contrario, es un error jurídico-penalmente irrelevante la creencia de un diputado de que también las calumnias serían sustraídas de la punibilidad a través del § 36.

2. Las causas personales de exclusión y de revocación de la pena son circunstancias **únicamente aplicables a aquellos intervinientes** de un delito **en quienes concurran** (§ 28 II) (vid. *infra* § 61 VII 4a cc)[17].

Ejemplo: Si de entre varios intervinientes en una tentativa de falsificación de moneda (§ 146) sólo uno de ellos desiste, los demás siguen sujetos a punición (RG 59, 412).

3. Puesto que las causas personales de exclusión y de revocación de la pena pertenecen al Derecho penal material como elementos de la punibilidad, no puede existir ninguna duda acerca de que el principio **"in dubio pro reo"** (vid. *supra* § 16 II 1) también resulta aplicable a las mismas[18]. Lo mismo deber regir para el supuesto de la amnistía[19].

Ejemplo: Si no puede ser comprobado si el diputado expresó la afirmación injuriosa durante la reunión de la comisión del *Bundestag* o durante una pausa de la misma, resultará de aplicación el § 36.

---

[16] Vid. BGH 23, 281; OLG Stuttgart MDR 1970, pág. 162; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 460; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 228 antes del § 32; *Roxin,* Allg. Teil I § 23 núm. 30; *Dreher/Tröndle,* § 16 núm. 31; *Schmidhäuser,* ZStW 71 (1959) pág. 559. Con un criterio diferenciador, en relación con las causas de exclusión de la pena que tienen su raíz en la culpabilidad, *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 132 antes del § 32; *Wessels,* Allg. Teil núm. 499.

[17] Vid. *Rittler,* Frank-Festgabe Tomo II pág. 8; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 131 antes del § 32.

[18] Vid. BayObLG NJW 1961, pág. 1222; *Peters,* JR 1949, pág. 499; *Stree,* In dubio pro reo págs. 29 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 131 antes del § 32. Vid. también *Koch,* GA 1962, pág. 304.

[19] Vid. *Stree,* In dubio pro reo pág. 73; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 17 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 134 antes del § 32. En contra, no obstante, RG 56, 49 (50); 71, 259 (263); BGH JZ 1951, pág. 655. Diferenciando según los casos, BGH NJW 1958, pág. 392; OLG Hamm NJW 1955, 75, pág. 644.

§ 53 Las condiciones objetivas de punibilidad

Bemmann, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957; *el mismo*, Welche Bedeutung hat das Erfordernis der Rauschtat im § 330a StGB, GA 1961, pág. 65; *Bloy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs-und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Bockelmann*, Bedingungen der Strafbarkeit, Niederschriften, Tomo V, pág. 84; *H. Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932; *H.-J. Bruns*, Die Strafzumessung bei Vollrauschdelikten (§ 323a StGB), Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 439; *Cramer*, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962; *Finger*, Tatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit, GA 50 (1903) pág. 32; *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung usw., 1988; *Hardwig*, Studien zum Vollrauschtatbestand, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 459; *el mismo*, Der Vollrauschtatbcstand, GA 1964, pág. 140; *Haß*, Die Entstehungsgeschichte der objektiven Strafbarkeitsbedingung, Diss. Kiel 1969; *el mismo*, Zu Wesen und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingung usw., Rechtstheorle 3 (1972) pág. 23; *Hegler*, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915) pág. 184; *Hirsch*, Ehre und Beleidigung, 1967; *el mismo*, Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972, pág. 65; *Jescheck*, Straftaten gegen das Ausland, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 275; *Kantorowicz*, Tat und Schuld, 1933; *Armin Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Arthur Kaufmann*, Zur Frage der Beleidigung von Kollektivpersönlichkeiten, ZStW 72 (1960) pág. 418; *el mismo*, Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit, JZ 1963, pág. 425; *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch, Strafklagrecht, 1968; *Krause*, Die objektlven Bedingungen der Strafbarkeit, Jura 1980, pág. 449; *Lackner*, Vollrausch und Schuldprinzip, JuS 1968, pág. 215; *Land*, System der äußeren Strafbarkeitsbedingungen, Strafr. Abh. Heft 229, 1927; *Lange*, Die Behandlung der Volltrunkenheit in der Strafrechtsreform, JR 1957, pág. 242; *Lang-Hinrichsen*, Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung, GA 1957, pág. 1; *el mismo*, Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 (1961) pág. 210; *H. Mayer*, Die folgenschwere Unmäßgkeit (§ 330a StGB), ZStW 59 (1940) pág. 283; *Montenbruck*, Zur "Beteiligung an einer Schlägerei", JR 1986, pág. 138; *Müller-Dietz*, Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Radbruch*, Tat und Schuld, SchwZStr 51 (1937) pág. 249; *Rittler*, Strafbarkeitsbedingungen, Festgabe für R. v. Frank, Tomo II, 1930, pág. 1; *Roeder*, Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 347; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 23.ª ed. 1993; *Sauer*, Die beiden Tatbestandsbegriffe, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 117; *Sax*, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, pág. 9; *Schaad*, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweiz. Strafrecht, 1964; *Schmldhäuser*, Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW 71 (1959) pág. 545; *Schwalm*, Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen? MDR 1959, pág. 906; *Schweikert*, Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten? ZStW 70 (1958) pág. 394; *Stratenwerth*, Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines StGB 1959, ZStW 71 (1959) pág. 565; *Stree*, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit,

JuS 1965, pág. 465; *Tiedemann,* Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts, ZRP 1975, pág. 129; *el mismo,* Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts, NJW 1977, pág. 777; *Volk,* Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978; *v. Weber,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Rauschtat, Festschrift für U. Stock, 1966, pág. 59; *Welzel,* Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung, JZ 1952, pág. 19; *Zimmerl,* Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abh. Heft 237, 1928.

I. Concepto y función de las condiciones objetivas de punibilidad

1. Las condiciones objetivas de punibilidad son **circunstancias** que se encuentran **en relación inmediata con el hecho**, pero que no pertenecen **ni al tipo de injusto ni al de la culpabilidad**[1]. Todas ellas pertenecen a los presupuestos *materiales* de la punibilidad, pero muestran entre ellas considerables diferencias puesto que, en parte, un grupo especial propio pero, en parte también, son similares a los elementos del tipo. A pesar de estas disparidades son tratadas en su conjunto de acuerdo con el mismo principio: la cuestión de la punibilidad sólo depende del hecho de su presencia o ausencia, pues el dolo y la imprudencia no necesitan referirse a ellas[2]. Esto significa, en primer lugar, que el autor es punible cuando la condición objetiva concurre en el hecho o tiene lugar con posterioridad e, incluso, aunque no la conociera o, en su caso, si no pudo preverla; en segundo lugar, aquél no puede ser castigado por tentativa cuando ha creído en la existencia o advenimiento de la condición objetiva si, en realidad, estaba ausente o no tuvo lugar.

2. Una imagen acertada de la *función* de las condiciones objetivas de punibilidad únicamente puede alcanzarse si se diferencia entre *distintos grupos de casos*[3].

---

[1] Vid. *Blei,* Allg. Teil pág. 87; *Dreher/Tröndle,* § 16 núm. 32; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 31 ss.; *Schmidhäuser,* ZStW 71 (1959) pág. 558; *Kantorowicz,* Tat und Schuld págs. 237 ss.; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 188 antes del § 51; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 21 núm. 16; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 124 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 13 antes del § 19; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 72 antes del § 3; *Wessels,* Allg. Teil núm. 148. En contra subraya *Sax,* JZ 1976, págs. 14 ss., precisamente su pertenencia al tipo de injusto. Según *Jakobs,* Allg. Teil 10/6, "las condiciones no pertenecen en ningún caso al tipo de injusto".

[2] Su origen lo explica *Haß,* Entstehungsgeschichte pág. 71, a partir de la "intención de marginar la aplicación del § 59"; vid., también, *el mismo,* Rechtstheorie 3 (1972) pág. 33. Un resumen puede encontrarse en *Krause,* Jura 1980, pág. 449.

[3] Vid. la crítica de *Armin Kaufmann,* Normentheorie pág. 213, al "concepto genérico para elementos cuya correcta agrupación es dudosa"; además, *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 21 núm.

a) Las **condiciones propias de la punibilidad son simples causas de restricción de la pena**, circunstancia que permite que no sean objetadas desde la perspectiva del principio de culpabilidad. Se pueden considerar como el contrapunto objetivo a las causas personales de exclusión y de revocación de la pena (vid. *supra* § 52) y están situadas al mismo nivel en la estructura del delito (vid. BGH 11, 273 [274])[4]. A pesar de la presencia del injusto y la culpabilidad, en determinados casos el legislador niega la necesidad de pena a no ser que se añada otra circunstancia adicional que pueda afectar al hecho mismo o a su desarrollo posterior, y que proporcione una mayor importancia objetiva[5] que la que fundamenta la necesidad político-criminal de la pena[6].

Ejemplo: Los estados extranjeros sólo están protegidos frente a las agresiones de acuerdo con los §§ 102 ss., si a través de la existencia de relaciones diplomáticas y el aseguramiento de la reciprocidad está garantizado un mínimo de contacto político-jurídico internacional (§ 104.ª) pues, de lo contrario, la pena carecería de sentido político-criminal[7].

La *diferencia entre las condiciones de la punibilidad y las causas personales de exclusión y de revocación de la pena* (vid. *supra* § 52) consiste en que estas últimas están ligadas a presupuestos personales especiales de los intervinientes, mientras que ante la ausencia de una condición objetiva del hecho éste queda impune para todos. A su vez, las condiciones de la punibilidad se diferencian de las *cualificaciones del resultado* (vid. *supra* § 26 II 1a) en que éstas son elementos agravantes del

21; *M.E. Mayer,* Lehrbuch pág. 101. La división entre condiciones objetivas propias e impropias de la punibilidad se encuentra también en *Krause,* Jura 1980, pág. 452; *Trifferer,* Allg. Teil pág. 194 y *Wessels,* Allg. Teil núm. 149.

[4] Vid. *Stree,* JuS 1965, pág. 467.

[5] Vid. *Gallas,* Niederschriften Tomo V pág. 104.

[6] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; *Finger,* GA 50 (1903) pág. 43 ("condiciones objetivas de la punibilidad"); *Hegler,* ZStW 36 (1915) págs. 223 ss.; *Lang-Hinrichsen,* GA 1957, pág. 9; *Radbruch,* SchwZStr 51 (1937) págs. 25 ss.; *Rittler,* Frank-Festgabe Tomo II pág. 15; *Schmidhäuser,* ZStW 71 (1959) pág. 561; *el mismo,* Allg. Teil págs. 48 ss.; *Schwalm,* MDR 1959, pág. 906; *Stratenwerth,* ZStW 71 (1959) pág. 567; *Stree,* JuS 1965, pág. 467; *Schaad,* Objektive Strafbarkeitsbedingungen pág. 36; *Bloy,* Die dogmatische Bedeutung pág. 224 nota a pie núm. 42.

[7] Frente a la redacción literal del § 104a que habla a favor de estas circunstancias como un impedimento procesal, la mayoría de la doctrina las configura como condiciones objetivas de la punibilidad; vid. *Jescheck,* Rittler-Festschrift pág. 282; *Kohlrausch/Lange,* § 104a comentario núm. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald,* Bes. Teil II § 91 núm. 10; *Schönke/Schröder/Eser,* § 104a núm. 2; *LK (11.ª)(Laufhütte)* § 104a núms. 2, 3; *Dreher/Tröndle,* § 104a núm. 1; *Lackner,* § 104a núm. 1; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 13 antes del § 19. Por el contrario, a favor de considerarlas como impedimentos procesales, *Bemmann,* Bedingungen der Strafbarkeit pág. 31.

tipo de injusto que, como mínimo, deben ser originados por imprudencia (§ 18) o que presuponen una grave temeridad; en cambio, las primeras se encuentran fuera del injusto y de la culpabilidad.

Son infrecuentes las opiniones doctrinales disidentes acerca de las condiciones propias de la punibilidad. *Sauer*[8], *Land*[9] y *Sax*[10], incluyen en el tipo las condiciones objetivas de punibilidad a causa de su estrecha conexión con el injusto del hecho. *Zimmerl*[11] ha llevado a cabo una subdivisión de todo el complejo (en principio acorde con el sentido del texto aquí reproducido pero diferente en cuanto a sus detalles) distinguiendo entre elementos del injusto, elementos objetivos de la culpabilidad y condiciones propias de la punibilidad. *Bemmann*[12] rechaza por completo las condiciones objetivas de la punibilidad sobre la base de que carecen de lugar dentro de la teoría del delito y de que no cumplen ninguna función.

b) Junto a las propias, se encuentran las **condiciones impropias de la punibilidad** que en la práctica poseen una mayor importancia que aquéllas, siendo, además, el objetivo contra el que se dirigen las auténticas objeciones dogmáticas. Por un lado, se trata de **causas encubiertas de agravación de la pena** que por su esencia pertenecen al tipo de injusto pero que, formalmente, están configuradas como condiciones de la punibilidad porque el legislador quiso hacerlas independientes de la necesidad de que aparecieran referidas al dolo o, en su caso, a la imprudencia. De facto, representan restricciones del principio de culpabilidad por razones político-criminales[13].

Ejemplos: En el delito de embriaguez plena (§ 323a) el fundamento en sí mismo de la pena es la provocación dolosa o imprudente que de tal estado realiza el autor; en cambio, el hecho realizado bajo sus efectos constituye una condición objetiva de punibilidad[14].

---

[8] Vid. *Sauer,* Grundlagen págs. 335 ss.; *el mismo,* Mezger-Festschrift pág. 118.

[9] Vid. *Land,* Strafbarkeitsbedingungen págs. 22 ss.

[10] Vid. *Sax,* JZ 1976, pág. 16 ("elementos del tipo porque codeterminan la lesión del bien jurídico como parte del tipo que pertenece al tipo de injusto").

[11] Vid. *Zimmerl,* Lehre vom Tatbestand págs. 24 ss.

[12] Vid. *Bemmann,* Bedingungen der Strafbarkeit págs. 52 ss. Por el contrario, la crítica de *Bockelmann,* Niederschriften Tomo V págs. 84 ss., no se refiere a las condiciones *propias* de la punibilidad (vid. Niederschriften Tomo V pág. 91).

[13] Estimando inconstitucionales los §§ 323a 227 [la referencia a este último parágrafo debe entenderse realizada al vigente § 231 (N del T)], 186, por su infracción del principio de culpabilidad, *Frister,* Schuldprinzip págs. 53 ss., 59 ss., 64 ss.

[14] Vid. al respecto, BGH 16, 124 (125 ss.); 187 (190); 20, 284; *Bemmann,* GA 1961, pág. 69; *Bockelmann,* Niederschriften Tomo VIII pág. 147; *H.-J. Bruns,* JZ 1958, pág. 108; *Cramer,* Der Vollrauschtatbestand págs. 108 ss.; *Hardwig,* GA 1964, págs. 142 ss.; *el mismo,* Eb. Schmidt-Festschrift págs. 466 ss.; *Arthur Kaufmann,* JZ 1963, págs. 428 ss.; *Lackner,* JuS 1968, págs. 216

Sin embargo, la Ley conecta la cuantía de la sanción con la conminación penal del delito cometido bajo los efectos de la embriaguez (§ 323a). De este modo se hace evidente que el delito así perpetrado también determina el contenido de injusto de la infracción regulada en el § 323a. Consecuentemente, el dolo o la imprudencia también deberían estar referidos a la infracción cometida en tales circunstancias. Lo mismo rige para la punibilidad de la riña tumultuaria (§ 227[15]), a pesar de que el potencial de peligrosidad es aquí mayor que en la embriaguez plena culpable[16]. De acuerdo con el Derecho vigente, en estos casos el principio de culpabilidad sólo puede ser garantizado de modo que el juez en la determinación de la pena se mantenga dentro del marco inferior de la misma si el autor no pudo prever el acaecimiento de la condición objetiva de punibilidad[17].

Por otro lado, también se encuentran como condiciones impropias de la punibilidad algunos elementos que, en realidad, no son otra cosa que **circunstancias del hecho encubiertas que fundamentan la punibilidad** y que, asimismo, sólo por razones político-criminales se encuentran formalmente disociados del contexto del injusto y de la culpabilidad.

Ejemplo: De acuerdo con el § 186 es también castigado por difamación quien cree en la veracidad de su afirmación y no puede demostrar la verdad de los hechos[18] [19].

---

ss.; *Maurach/Schroeder/Maiwald,* Bes. Teil II § 96 núm. 4; *Müller-Dietz,* Schuldgedanke pág. 77; *Schönke/Schröder/Cramer,* 323a núms. 1 y 13. Por el contrario, *H. Mayer,* ZStW 59 (1940) págs. 307 ss. § 330a, en su redacción anterior, lo concibe como un delito cualificado por el resultado. Divisando en esta circunstancia la configuración de esta infracción como un delito de peligro concreto, *Lange, JR* 1957, pág. 242 y *Welzel,* Lehrbuch pág. 474; en esta dirección también, BGH 10, 247 (250). Exigiendo la imprudencia respecto al hecho cometido bajo los efectos de la embriaguez, *Roxin,* Allg. Teil I § 23 núm. 9. *LK (10.ª) (Spendel)* § 323a núm. 61, ve en el delito cometido en tales circunstancias la prueba material irrenunciable de la peligrosidad de la embriaguez plena en el caso concreto. A favor de la eliminación de la embriaguez culpable del § 51, en su redacción anterior, en adhesión al Derecho italiano, *v. Weber,* Stock-Festschrift pág. 73.

[15] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 231 (N del T).

[16] A favor de una condición objetiva de punibilidad, BGH 33, 100 (103); *Dreher/Tröndle,* § 227 núm. 5; *Lackner,* § 227 núm. 5; *Stree,* JuS 1965, pág. 472. Por el contrario, *Roxin,* Allg. Teil I § 23 núm. 12 y *LK (10.ª) (Hirsch)* § 227 núm. 1, exigen como mínimo la previsibilidad de la consecuencia más grave. Intentando una interpretación conforme a la Constitución, *Montenbruck,* JR 1986, pág. 140.

[17] Vid. *Lackner,* § 323a núm. 16; *SK (Horn)* § 323a núm. 23; *Bruns,* Lackner-Festschrift págs. 44 ss.

[18] A favor de una condición objetiva de la punibilidad, BGH 11, 273 (274); *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 466 nota a pie núm. 10; *Lackner,* § 186 núm. 7; *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 21 núm. 21; *Roeder,* Maurach-Festschrift págs. 356 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 186 núm. 10. Por el contrario, *Hirsch,* Ehre und Beleidigung págs. 152 ss., exige que como mínimo el autor haya actuado contrariamente al deber de cuidado en relación a la verdad de los hechos; asimismo, *Roxin,* Allg. Teil I § 23 núm. 19.

[19] Acerca del significado de la expresión "acto de servicio" en el § 113 vid. el resumen de

Las objeciones que se han dirigido contra las condiciones impropias de la punibilidad desde la perspectiva del principio de culpabilidad pueden disiparse, en parte, por medio de la consideración de que el autor corre sin más con el *riesgo*, reconocible por cualquiera, de que podría concurrir la condición objetiva de punibilidad[20].

Ejemplos: Quien se coloca a sí mismo en una situación de embriaguez excluyente de la capacidad de culpabilidad, crea de modo reprochable el peligro de cometer en esa situación un hecho punible pues en tal estado nadie puede prever y dominar sus reacciones con seguridad. Quien afirma un hecho lesivo para el honor de un tercero debe responsabilizarse de poder probar la verdad. Quien toma parte en una riña tumultuaria origina el peligro de provocar una consecuencia más grave.

3. Las condiciones objetivas de punibilidad deben diferenciarse de los **presupuestos procesales**[21]. En las primeras está expresado el correspondiente grado de menoscabo del orden jurídicamente protegido, mientras que en las segundas toman en consideración circunstancias que están conectadas con el "aseguramiento de la paz jurídica"[22]. Ante la ausencia de una condición de la punibilidad en el momento del plenario se dicta *absolución*, mientras que ante la falta de un presupuesto procesal el procedimiento se *archiva*.

Ejemplo: Mientras que en los delitos contra los Estados extranjeros (§§ 102 ss.) la existencia de relaciones diplomáticas y la garantía de reciprocidad constituyen condiciones objetivas de punibilidad, en cambio, la solicitud de castigo por parte del Estado extranjero ofendido y la autorización del Gobierno Federal (§ 104a) constituyen obstáculos procesales establecidos por motivos políticos, puesto que la consecución del proceso penal puede ser más perjudicial que beneficiosa si los Estados implicados no desean hacerlo[23].

Schönke/Schröder/Eser, § 113 núm. 1 y de *Lackner*, § 113 núm. 17. En todo caso, ya no puede recurrirse como explicación a su configuración como condición objetiva de punibilidad (anteriormente, sin embargo, BGH 4, 161 [163]).

[20] Sobre la cuestión vid., más detalladamente, *Schweikert*, ZStW 70 (1958) pág. 408, en adhesión a *H. Bruns*, Die Lehre vom Tatbestand págs. 32 ss; además, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 464; *Hardwig*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 459 nota a pie núm. 2; *Lackner, Rösch, Schäfer*, Niederschriften Tomo V págs. 93, 106, 108; *Wessels*, Allg. Teil núm. 149; *Krause*, Jura 1980, págs. 449 ss. En contra, *Lang-Hinrichsen*, ZStW 73 (1961) págs. 221 ss.

[21] Vid. *Schmidhäuser*, ZStW 71 (1959) págs. 550 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 19 antes del § 32; *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núms. 229 ss. antes del § 32; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, Introducción núms. 141 ss.

[22] Así, *Volk*, Prozeßvoraussetzungen pág. 204. En contra de la "fórmula" hipótetica de *Hilde Kaufmann*, Strafanspruch pág. 134, existen objeciones que se muestran especialmente evidentes en la querella (págs. 152 ss.). Al respecto vid., también, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 197.

[23] *LK (11.ª)(Laufhütte)* § 104a núms. 4 ss.

II. Las condiciones objetivas de punibilidad en particular

Ninguna dificultad presenta la **clasificación de todos los elementos considerados condiciones objetivas de la punibilidad**[24] en un **esquema determinado** en atención a la **función que cumplen**.

1. De acuerdo con la doctrina dominante son *condiciones objetivas propias de la punibilidad* la existencia de relaciones diplomáticas y la garantía de la reciprocidad en los delitos contra los Estados extranjeros (§ 104a)[25]. Aquí también pertenecen ahora la suspensión de pagos, la apertura del procedimiento concursal y el rechazo de ésta por falta de masa, de conformidad con los §§ 283 VI, 283b II, 283c III y 283d IV, debido a que el tipo de injusto de estas disposiciones describen ya formas de comportamiento en sí mismas merecedoras de pena, de ahí que la condición objetiva de punibilidad suponga sólo una causa de restricción de la pena (en relación con el Derecho anterior vid. la 2.ª ed. de esta obra pág. 423)[26]. Una condición *general* de la punibilidad (esto es, que no se encuentra ligada a ningún tipo concreto) viene dada por la concurrencia de la potestad punitiva alemana de acuerdo con las reglas del Derecho penal internacional (vid. *supra* § 18 V)[27].

2. En las *condiciones objetivas impropias de la punibilidad* hay que distinguir entre aquellas circunstancias que de verdad son causas de agravación de la pena, y aquellas otras que se presentan como elementos fundamentadores de la misma. En todos estos supuestos se trata de restricciones al principio de culpabilidad que sólo hasta cierto punto pueden ser justificadas a través de la *idea de riesgo*.

a) Son condiciones objetivas impropias de la punibilidad que materialmente se presentan como *causas de agravación de la pena*: el acaecimiento de la consencuencia más grave en la riña tumultuaria (§ 227 I[28])[29] y la comisión del delito bajo los efectos de la embriaguez plena en el § 323a[30]. En estos casos el comportamiento básico ya comprendido por el re-

---

[24] Vid. un resumen de ellas en *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 188 antes del § 51.

[25] Vid. *supra* § 53 nota a pie núm. 7.

[26] Vid. *Tiedemann*, ZRP 1975, págs. 132 ss. y NJW 1977, pág. 782.

[27] *Kantorowicz*, Tat und Schuld pág. 236 (tabla de cifras 1); *Mezger*, Lehrbuch pág. 178.

[28] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 231 (N del T).

[29] Vid. BGH 14, 132 (134 ss.); 15, 369 (370); 33, 100 (103); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 11 núm. 7; *Schönke/Schröder/Stree*, § 227 núm. 1. Por el contrario, *Bemmann*, Bedingungen der Strafbarkeit pág. 45, considera el acaecimiento de la consecuencia más grave como un elemento del tipo. *Hirsch*, GA 1972, pág. 77 y *LK (10.ª)(Hirsch)* § 227 núms. 1 y 15, entiende la disposición como una combinación de dolo y negligencia; asimismo, *Roxin*, Allg. Teil I § 23 núm. 12.

[30] Vid. *supra* § 53 nota a pie núm. 16.

quisito de la culpabilidad muestra un cierto grado de merecimiento de pena, porque a través del mismo es provocada una puesta en peligro de la colectividad o de personas concretas y determinadas. Formalmente, sin embargo, la punibilidad del hecho es fundamentada únicamente por medio del acaecimiento de la condición objetiva. No obstante, el hecho de que la conminación penal exceda considerablemente del contenido de culpabilidad del comportamiento básico, muestra que materialmente se trata de causas de agravación de la pena que han sido apartadas del ámbito del injusto y de la culpabilidad.

b) La única condición impropia de la punibilidad que de hecho se presenta como un *elemento del tipo fundamentador de la pena* es la indemostrabilidad de la verdad del hecho afirmado en la difamación (§ 186). La posición jurídica de este elemento en el marco del § 186 es especialmente discutida[31]. Si se parte de que el fundamento punitivo de este delito no es el menoscabo de la buena reputación sino la puesta en peligro del prestigio o fama *merecida*, entonces la inveracidad de la afirmación lesiva para el honor sólo puede ser elemento del tipo porque el contenido de injusto del hecho reside en la afirmación de hechos *inciertos*. Por otra parte, no sería compatible con la protección eficaz del honor que el afectado de facto por la difamación deba probar la inveracidad de las aseveraciones lanzadas contra él. Esto obliga al legislador a configurar la disposición de tal modo que haya que condenar al difamador si no es capaz de aportar la prueba de la verdad, incluyo aunque haya actuado de buena fe en relación con la veracidad del hecho afirmado. En consecuencia, tal indemostrabilidad debe ser considerada como condición (impropia y, en verdad, fundamentadora de la pena) de la punibilidad[32].

III. Tratamiento de las condiciones objetivas de punibilidad

1. Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que se encuentran fuera del tipo de injusto y de la culpabilidad, pero de cuya existencia depende la punibilidad del hecho y la posibilidad de la participación. Dado que no pertenecen al tipo, **ni el dolo ni la imprudencia** necesitan estar referidos a las mismas. Según ello, el *error carece de significado* jurídico. También las condiciones objetivas impropias de la punibilidad son tratadas como si no pertenecieran al tipo de injusto, pues el legislador las ha separado del ámbito del dolo y la imprudencia por razones político-criminales (vid. BGH 21, 334 [364 ss.])[33].

---

[31] Vid. *supra* § 53 nota a pie núm. 18. Según *Arthur Kaufmann*, ZStW 72 (1960) pág. 437, este elemento posee la *simple función procesal* de la inversión de la carga de la prueba.

[32] Acerca de la fundamentación de la punibilidad de la difamación (§ 186) por medio de la idea de riesgo, *Hardwig*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 462; *Hirsch*, Ehre und Beleidigung pág. 169.

[33] Vid. *Schönke/Schröder/Cramer*, § 16 núm. 35; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 32; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 13 antes del § 19.

2. El acaecimiento de las condiciones objetivas de punibilidad es indiferente para el **lugar** y el **tiempo** de comisión del hecho. Por este motivo, constituye encubrimiento real (§ 257) o personal (§ 258) y no complicidad el caso en el que el autor recibe apoyo por un tercero tras la terminación del hecho pero con anterioridad al advenimiento de la condición[34].

3. Por el contrario, las condiciones objetivas de punibilidad gozan de todas las **garantías que el Estado de Derecho** ha fijado en relación con los elementos del tipo. Para ellas rigen la función de garantía de la Ley penal (vid. *supra* § 15 III 2c), los requisitos para la prueba tasada en el procedimiento penal (§§ 244, 261 StPO) y la necesidad de adoptar por mayoría de dos tercios del tribunal las decisiones que perjudican al acusado (§ 263 StPO)[35].

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

Todos los acontecimientos relevantes para el Derecho penal se presentan como "*comportamientos humanos de relevancia social*" (vid. *supra* § 23 VI 1). Esto rige para el hacer positivo y la omisión, así como para la actuación dolosa y la imprudente. Los presupuestos de la punibilidad han sido presentados hasta ahora de la mano del *delito de comisión dolosa* como modelo de la acción punible (vid. *supra* capítulo 2, comentario preliminar antes del § 24). El capítulo tercero que sigue a continuación trata sobre esta base de las dos otras formas de manifestación del delito: el *delito de comisión imprudente* (sección 1.ª) y el *delito de omisión* (doloso o culposo) (sección 2.ª). En el trasfondo de la dogmática del delito de comisión dolosa son discutidas las *desviaciones* en la estructura de la teoría del delito que aparecen en las otras dos formas de manifestación de la acción punible[36]. La estructura básica del delito como acción típica, antijurí-

[34] Vid. *Kohlrausch/Lange*, System nota preliminar núm. VI A; *Stree*, JuS 1965, pág. 473; *LK (9.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 190 antes del § 51; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 126 antes del § 13.

[35] Vid. *Gallas*, Niederschriften Tomo V págs. 104 ss.; *Schmidhäuser*, ZStW 71 (1959) págs. 556 ss.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht § 21 núm. 2, § 47 núm. 12. Para *Roxin*, Strafverfahrensrecht § 21 núm. 22, la prueba tasada también debería resultar de aplicación para los presupuestos procesales.

[36] Mostrando su acuerdo, *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 30. Asimismo, en la estructura desarrollada por *Blei*, Allg. Teil pág. 295; *Kienapfel*, Grundriß Z 26 y Z 29; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 42 núm. 31; § 46 núm. 2; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1038, 977; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 297, 322; Wessels, Allg. Teil núms. 655, 694; *Kühl*, Allg. Teil § 17 y §§ 18, 19.

dica y culpable se encuentra de nuevo en el hecho imprudente y en el delito omisivo. Y, más allá, también resultan de aplicación correspondiente a ambas formas esenciales de la acción punible las subdivisiones del concepto de delito desarrolladas al hilo del delito de comisión dolosa (vid. *supra* §§ 24-53). De este modo, aquí también existen los conceptos de injusto de acción y de resultado, bien jurídico y objeto de la acción, el requisito de la imputación objetiva del resultado, la exclusión de la antijuricidad por causas de justificación, el requisito de la capacidad de culpabilidad, el error de prohibición, la renuncia al reproche de culpabilidad ante la existencia de causas de exculpación y la dependencia de la sanción jurídico-criminal de condiciones objetivas de punibilidad. A menudo, sin embargo, debe ser llevada a cabo una *adaptación* a estas formas especiales de aparición de la acción punible de las teorías generales desarrolladas hasta ahora.

Sección 1.ª: El delito de comisión imprudente

§ 54 Concepto y clases de imprudencia

Arzt, Leichtfertigkeit und recklessness, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 119; *Baumgarten,* Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1919; *Berner,* Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre, 1843; *Binavince,* Die vier Momente der Fahrlässigkeit, 1969; *Binding,* Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919; *Bockelmann,* Verkehrsrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967; *Bohnert,* Das Bestimmtheitserfordernis im Fahrlässigkeitstatbestand, ZStW 94 (1982) pág. 68; *Boldt,* J.S.F. v. Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft, 1936; *el mismo,* Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat, ZStW 68 (1956) pág. 335; *Burgstaller,* Grundzüge einer neuen Fahrlässigkeitsdogmatik, Strafr. Probleme 1, 1973, pág. 105; *el mismo,* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *Caspari,* Formen und Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im amerikanischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1972; *Castaldo,* Non intelligere, quod omnes intelligunt, 1992; *el mismo,* Offene und verschleierte Individualisierung usw., GA 1993, pág. 11; *Coenders,* Richtlinien aus den Lehren Feuerbachs usw., 1914; *Córdoba Roda,* Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht, ZStW 81 (1969) pág. 425; *Cornil,* Die Fahrlässigkeit im französisch-belgischen Strafrecht, ZfRV 1964, pág. 30; *Cramer,* Gedanken zur Reform der fahrlässigen Körperverletzung usw., DAR 1974, pág. 317; *Dieckmann,* Das fahrlässige Erfolgsdelikt im französischen Strafrecht, Diss. Freiburg 1969; *Dölling,* Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, pág. 17; *Donatsch,* Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt, 1987; *Dubs,* Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht, SchwZStr 78 (1962) pág. 31; *Engisch,* Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo,* Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; *Enneccerus/Nipperdey,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Tomo I, 2, 15.ª ed. 1960; *Erenlus,*

Criminal negligente and individuality, 1976; *Exner,* Das Wesen der Fahrlässlgkeit, 1910; *Forti,* Colpa ed evento nel diritto penale, 1990; *Frey,* Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik, Festschrift zum Zentenarium des Schweiz. Juristenvereins, 1961, pág. 269; *Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnun des Erfolges, 1988; *el mismo,* Selbstgefährdung im Strafrecht, NStZ 1992, pág. 1; *Geilen,* Suicid und Mitverantwortung, JZ 1974, pág. 145; *Germann,* Rechtssicherheit, SchwZStr 49 (1935) pág. 257; *Gössel,* Norm und fahrlässiges Verbrechen, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 43; *el mismo,* Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitslehre, Festschrift für K. Bengl, 1984, pág. 23; *Graßberger,* Aufbau, Schuldgehalt und Grenzen der Fahrlässlgkeit, unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsstrafrechts in Österreich, ZfRV 1964, pág. 18; *Hall,* Über die Leichtfertigkeit, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 229; *el mismo,* Fahrlässlgkeit im Vorsatz, 1959; *Hardwig,* Verursachung und Erfolgszurechnung, JZ 1968, pág. 289; *Henkel,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Herzberg,* Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1984, pág. 402; *Hirsch,* Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962) pág. 78; *el mismo,* Der Streit um Handlungs-und Unrechtslehre usw., ZStW 94 (1982) pág. 239; *His,* Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Teil I, 1920; *Horn,* Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Jakobs,* Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo,* Das Fahrlässigkeitsdelikt, en: ZStW Beiheft Teheran, 1974, pág. 6; *Jescheck,* Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965; *Kadeèka,* Gesammelte Aufsätze, 1959; *Kaminski,* Der objektive Maßstab im Tatbestand der Fahrlässigkeit, 1992; *Armin Kaufmann,* Das fahrlässige Delikt, ZfRV 1964, pág. 41; *el mismo,* Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 393; *Arthur Kaufmann,* Das Schuldprinzip, 2.ª ed. 1976; *Kienapfel,* Strafrechtsdogmatik in Österreich, JZ 1972, pág. 569; *Köhler,* Die bewußte Fahrlässlgkeit, 1982; *Kohlrausch,* Die Schuld, en: *Aschrott/v.Liszt,* Die Reform des RStGB, Tomo I, 1910, pág. 179; *Krauß,* Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76 (1964) pág. 19; *Lagodny,* Anmerkung zu BGH vom 21.1.1992, NStZ 1992, pág. 490; *Lampe,* Täterschaft bel fahrlässiger Straftat, ZStW 71 (1959) pág. 579; *Larenz,* Lehrbuch des Schuldrechts, Tomo I, 14.ª ed. 1987; *Laubenthal,* Anmerkung zu BGH vom 12.4.1988, JR 1988, pág. 335; *Löffler,* Die Schuldformen des Strafrechts, 1895; *Maihofer,* Zur Systematik der Fahrlässlgkeit, ZStW 70 (1958) pág. 159; *Maiwald,* Der Begriff der Leichtfertigkeit usw., GA 1974, pág. 257; *el mismo,* Ein alltäglicher Strafrechtsfall usw., JuS 1989, pág. 186; *Montenbruck,* Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *Müller-Dietz,* Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, 1967; *Murmann,* Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993; *Naucke,* Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW 76 (1964) pág. 409; *Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; *Nowakowski, Die* Theorie der Fahrlässigkeit, JBl 1953, pág. 506; *el mismo,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, 19; *Núñez Barbero,* El delito culposo, 1975; *Oehler,* Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959; *el mismo,* Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 232; *Otto,* Grenzen der Fahrlässigkeits-

haftung usw., JuS 1974, pág. 702; *el mismo,* EIgenverantwortliche Selbstschädigung und —gefährdung, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 157; *el mismo,* Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 271; *Paeffgen,* Der Verrat in irriger Annahrne eines illegalen Geheimnisses, 1979; *el mismo,* Die erfolgsqualifizierten Delikte usw., JZ 1989, pág. 220; *Platzgummer,* Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs usw., JBl 1971, 236; *Pradel,* Le nouveau Code pénal français. Aperçus sur sa partie générale, Rev dr pén crim 73 (1993) pág. 923; *Radbruch,* Erfolgshaftung, VDA, Tomo II, pág. 227; *Roeder,* Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; *Roxin,* Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 241; *el mismo,* Literaturbericht, ZStW 82 (1970) pág. 675; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 32, 262, NStZ 1984, pág. 410; *el mismo,* Bemerkungen zum Regreßverbot, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 177; *Rudolphi,* Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm usw., JuS 1969, pág. 549; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 37, 179, JZ 1991, pág. 572; *Salm,* Das vollendete Verbrechen, Tomo I, 1, 1963, Tomo I, 2, 1967; *Schaffstein,* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, 1961, págs. 175 ss.; *el mismo,* Handlungsunwert usw. bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 557; *Schmidhäuser,* Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, pág. 305; *el mismo,* Zum Begriff des bedingten Vorsatzes usw., GA 1958, pág. 161; *el mismo,* Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 129; *Eb. Schmzdt,* Der Arzt im Strafrecht, 1939; *Schröder,* Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Festschrift für W. Sauer, 1949, pág. 207; *Schünemann,* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte, JA 1975, pág. 435; *el mismo,* Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 159; *Seiler,* Die Bedeutung des Handlungsunwerts usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 75; *Spendel,* Fahrlässige Teilnahme an Selbst-und Fremdtötung, JuS 1974, pág. 749; *Stratenwerth,* Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweiz. Strafrecht, SchwZStr 81 (1965) pág. 179; *el mismo,* Grundfragen des Verkehrsstrafrechts, Basler Juristische Mitteilungen 1966, pág. 53; *el mismo,* Die Relevanz des Erfolgsunwertes usw., Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 177; *el mismo,* Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 285; *Stree,* Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, JuS 1985, pág. 179; *Struensee,* Der subjektlve Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, pág. 53; *Tenckhoff,* Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW 88 (1976) pág. 897; *Torío López,* El deber objetivo de cuidado usw., Anuario de Derecho Penal 1974, pág. 25; *Tröndle,* Abschaffung der Strafbarkeit der fahrlässigen Tötung usw. bei leichtem Verschulden? DRiZ 1976, pág. 129; *Ulsenheimer,* Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pfilchtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, pág. 364; *Volk,* Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung usw., GA 1976, pág. 161; *Wacke,* Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht, Revue Internationale des Droits de l'Antiquité, 1979, pág. 505; *Walder,* Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZBJV 104

(1968) pág. 161; *Walther*, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1991; *Weber*, Einwände gegen die Lehre von der Beteiligung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung im Betäubungsmittelrecht, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 371; *Wegscheider*, Zum Begriff der Leichtfertigkeit, ZStW 98 (1986) pág. 624; *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung usw., 1972; *el mismo*, Adäquanz-und Relevanztheorie, GA 1977, pág. 257; *Yamanaka*, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik usw., ZStW 102 (1990) pág. 928; *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und Selbstverantwortung des Verletzten, 1993; *Zielinski*, Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

Vid. también las referencias bibliográficas antes del § 54 III

I. El concepto de imprudencia

1. El **desarrollo del concepto de imprudencia** (culpa), al igual que el descubrimiento del dolo (dolus) (vid. *supra* § 29 II 1) se debe al Derecho romano[1] y a la ciencia penal italiana de los siglos XV y XVI[2], mientras que, en cambio, el Derecho germánico y el Derecho alemán medieval conocieron hasta el momento de su recepción la "ungefährwerke" como modalidad castigada con una pena atenuada, pero que frecuentemente sólo pudo ser comprendida de modo casuístico de la mano de dudosos elementos externos[3]. Es por primera vez en la CCC de 1532 donde, por primera vez, se encuentra una descripción de la imprudencia en tipos penales concretos ligada a su clara delimitación frente al dolo y al caso fortuito (arts. 134, 146 y 180). No obstante, es en la Parte I, Título 20, § 28 del ALR de 1794 donde primeramente se acoge una definición general del concepto de imprudencia. Por el contrario, el preuß. StGB de 1851 y el RStGB de 1871 renunciaron a su definición.

2. El *dolo* es el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del hecho que pertenecen al tipo legal (vid. *supra* § 29 II 2). En cambio, actúa *imprudentemente* quien *sin* quererlo realiza el tipo de una Ley penal a consecuencia de la infracción de un deber de cuidado y, contrariamente a su obligación, o no se da cuenta de ello o lo tiene por posible pero confía en que el resultado no tenga lugar[4]. La **imprudencia** no es, por tanto, una forma atenuada del dolo sino que

---

[1] Vid. *Paulus*, Dig. 9, 2, 31: "culpam autem esse quod cum a diligenti provideri potuerit non esset provisum". Sobre ello *Mommsen*, Römisches Strafrecht págs. 88 ss; *Wacke*, Revue Internationale des Droits de l'Antiquité 1979, pág. 505.

[2] Vid. *v. Hippel*, Tomo II pág. 355; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 146 ss.

[3] Vid. *Eb. Schmidt*, Einführung págs. 32, 71; *Wilda*, Strafrecht der Germanen págs. 544 ss.; *His*, Strafrecht des deutschen Mittelalters págs. 86 ss.

[4] Al igual que con el dolo, una definición legible del complejo concepto de la imprudencia sólo es posible hacerla de un modo sencillo. Vid., además, sobre el concepto de imprudencia las

es algo diverso a éste (BGH 4, 340 [341]). El contenido de injusto y de culpabilidad del delito imprudente es inferior al de un hecho doloso similar, pues aquí el autor no ha conocido el mandato del Ordenamiento jurídico sino que sólo ha actuado en contra del mismo distraídamente. Por este motivo, el dolo y la imprudencia se excluyen recíprocamente. No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia el autor puede ser condenado por imprudencia cuando no puede probarse si ha actuado dolosa o imprudentemente (BGH 17, 210). Este criterio, sin embargo, no puede suscribirse pues los tipos imprudentes no pueden ser empleados como "tipos de recogida" en situaciones probatorias inciertas, sino que sus requisitos deben ser comprobados inequívocamente para poder alcanzar una condena. Tampoco concurre la posibilidad de una determinación alternativa del hecho entre el hecho doloso y el imprudente, pues ambas clases de la acción punible se encuentran en una relación gradual de más a menos y, por ello, debe intervenir el principio "in dubio pro reo" (BGH 32, 48 [57]) (vid. *supra* § 16 II 2)[5].

3. Tal y como fue aceptado con anterioridad y aún hoy es defendido, la imprudencia no es junto al dolo una mera forma de culpabilidad[6], sino un **tipo** ("*Typus*") **de acción punible** que muestra tanto en el ámbito del injusto como en el de la culpabilidad una estructura autónoma[7]. La imprudencia se determina de

---

teorías (que divergen frecuentemente entre sí) de *Binding*, Normen Tomo IV págs. 451 ss.; *Exner*, Fahrlässigkeit págs. 207 ss.; *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 266 ss., 365 ss.; *v. Hippel*, Tomo II págs. 357 ss.; *Mezger*, Lehrbuch págs. 351 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 430 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 15 núm. 14; *Lackner*, § 15 núm. 35; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 43 núms. 19, 112; *SK (Samson)* anexo al § 16 núm. 1; *Wessels*, Allg. Teil núm. 656. *Jakobs*, Allg. Teil 9/4, comprende la culpabilidad "como aquella forma de evitabilidad en la que está ausente el conocimiento actual del sujeto". Vid., además, el resumen contenido en *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 122 ss.

[5] La cuestión es discutida. En el sentido del texto también *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 1 núm. 117; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung pág. 214; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 42 núm. 37.

[6] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 43 ss.; *Gerland*, Lehrbuch pág. 139; *v. Hippel*, Tomo II pág. 364; *Mezger*, Lehrbuch pág. 357; *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario núm. IV 3b; *Olshausen*, nota preliminar núm. 9 antes del § 59; *Oehler*, Das objektive Zweckmoment págs. 7 ss.; *el mismo*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 24 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 272; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 42 ss.; *Frank*, § 59 comentario núm. VIII; *Roeder*, Sozialadäquates Risiko pág. 94; *Schultz*, Einführung I pág. 203.

[7] En este sentido se pronuncia hoy la doctrina dominante; vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 299; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 158, 167; *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze págs. 202 ss.; *Boldt*, ZStW 68 (1956) págs. 34 ss.; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 2 ss.; *Erenius*, Criminal Negligence págs. 149 ss., 164 ss.; *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 334 ss.; *el mismo*, DJT-Festschrift Tomo I pág. 428; *Gallas*, Beiträge págs. 5 ss.; *Eser*, Strafrecht II núm. 21 A núms. 9 ss.; *Hall*, Fahrlässlgkeit im Vorsatz pág. 22; *Henkel*, Mezger-Festschrift pág. 282; *Hirsch*,

acuerdo con un **doble criterio**. Se examina, por un lado, qué comportamiento se exige *objetivamente* en atención a la evitación de la lesión no querida del bien jurídico protegido en una situación de peligro determinada, y por otro, si ese comportamiento puede ser también exigido personalmente de acuerdo con sus cualidades y capacidades personales (BGH 31, 96 [101]). Según ello, el injusto típico del hecho imprudente no viene determinado de modo concluyente por la causación de un resultado como, por ejemplo, la muerte de una persona (§ 222)[8]. El comportamiento imprudente sólo existe entonces cuando el resultado descansa sobre la infracción de aquellos deberes de cuidado que el Ordenamiento jurídico impone en una situación concreta a los individuos concienzudos y razonables que pertenecen al círculo del autor, así como cuando el resultado ha sido previsible para una persona de esa naturaleza. De ahí que en este sentido el tipo de los delitos imprudentes haya de completarse por medio de valoraciones judiciales adicionales[9]. En ello no reside ninguna infracción del mandato de determinación (vid. *supra* § 15 III 3) pues la concreción de los deberes de cuidado, en continuo y permanente desarrollo, no es imaginable de otro modo que por la vía de la praxis judicial, circunstancia ésta que además permite que el ciudadano también pueda instruirse más fácilmente por su propia experiencia que por medio del contenido de las leyes[10].

ZStW 74 (1962) pág. 95; *Jescheck,* Fahrlässigkeit págs. 7 ss.; *Armin Kaufmann,* ZfRV 1964, pág. 45; *Kienapfel,* JZ 1972, pág. 575; *Maihofer,* ZStW 70 (1958) págs. 184 ss.; *Maiwald,* JuS 1989, pág. 189; *Kühl,* Allg. Teil § 17 núm. 7; *H. Mayer,* Grundriß pág. 129; *Nowakowski,* JBl 1972, págs. 31 ss.; *Niese,* Finalität pág. 61; *Rudolphi,* JuS 1969, pág. 549; *Platzgummer,* JBl 1971, pág. 240; *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núm. 47; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 119; *Schünemann,* JA 1975, pág. 516; *Schaffstein,* Welzel-Festschrift pág. 558; *Ulsenheimer,* JZ 1969, pág. 364; *Walder,* ZBJV 104 (1968) págs. 169 ss. 184 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 657; *Welzel,* Fahrlässugkeit und Verkehrsdelikte pág. 11; *el mismo,* Lehrbuch págs. 13 ss. También en este sentido camina la jurisprudencia, BGH 4, 341; 20, 315 (320 ss.); BGH VRS 14, pág. 30; BGH NJW 1995, 795 (796); OLG Köln NJW 1963, 2381; OLG Hamm VRS 60, pág. 38; OLG Stuttgart JZ 1980, p 618; BGHZ 24, 21. Con anterioridad también la jurisprudencia y la doctrina han tenido en cuenta el criterio objetivo de la imprudencia en el marco del concepto de culpabilidad; vid. RG 39, 2 (5); 67, 12 (19); *v. Hippel,* Tomo II págs. 36 ss.; *Eb. Schmidt,* Der Arzt im Strafrecht pág. 173; vid. al respecto *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 114. Disiente de la estructura del delito imprudente *Gössel,* Bengl-Festschrift págs. 2 ss.

[8] En torno a la discusión sobre la posición del resultado en el tipo de injusto del delito imprudente vid. *infra* § 55 II 1a.

[9] Vid. *Welzel,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte pág. 15; *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núms. 87 ss.

[10] Vid. *Bockelmann,* Verkehrsrechtliche Aufsätze págs. 208 ss.; *H. Mayer,* Grundriß pág. 129; en cuanto al resultado también *Bohnert,* ZStW 94 (1982) pág. 80.

Ejemplo: La medida en que un testigo debe preparar su declaración y forzar su memoria para evitar la comisión de un falso testimonio por imprudencia (§ 163 I), es algo que no puede tomarse directamente de la Ley sino sólo de la mano de las necesidades prácticas de la jurisprudencia y de acuerdo con las demandas de deber de cuidados que han sido desarrolladas (BGH 13, 190 [191]; 18, 359 [362])[11]. Para el necesario deber de cuidado en el tráfico viario resultan decisivas ante todo las regulaciones contenidas en la StVO.

Sólo cuando está comprobada la vertiente objetiva del hecho imprudente **(tipo de injusto)** puede examinarse adicionalmente si también se ha cumplido el mandato general de cuidado y previsión dirigido al autor individual, de conformidad con su inteligencia, formación, habilidad, cualificación, experiencia vital y su posición social **(tipo de la culpabilidad)**[12].

El *valor práctico de la especial configuración* de la infracción objetiva del deber de cuidado como núcleo del injusto de la imprudencia, se deriva de las siguientes consideraciones[13]: en primer lugar, a través de la valoración autónoma del injusto de acción del hecho imprudente se crea un contrapeso frente a la responsabilidad por el resultado que a menudo se acentúa en la praxis de una forma demasiado intensa. En segundo lugar, puede ser anudada al hecho imprudente la adopción de medidas de seguridad cuando el autor adolece de incapacidad de culpabilidad (§§ 63, 64, 69, 70). Asimismo, cuando el hecho cometido bajo los efectos de una embriaguez es un delito imprudente, se determinan correctamente los presupuestos del § 323a por medio de los criterios objetivos de la imprudencia aún cuando el autor, en atención a su estado, no pudo cumplir con el deber de cuidado que el era exigible individualmente. Además, si se conduce a la jurisprudencia a adoptar como punto de partida la vertiente objetiva de la imprudencia, se consigue que aquélla formule por medio de reglas generales los deberes de cuidado exigibles en

---

[11] Vid., al respecto, *Dreher/Tröndle*, § 163 núm. 5; *LK (10.ª)(Willms)* § 163 núms. 6 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 17 núm. 17.

[12] Con una concepción divergente a la de aquí se sostiene que el incumplimiento individual del mandato de cuidado y previsión se encuentra ya incluido en el tipo de injusto del delito imprudente, vid. *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1097; *el mismo*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 285 ss.; *Otto*, Grundkurs págs. 171 ss.; *Jakobs*, Studien págs. 48, 64 ss.; *el mismo*, Allg. Teil 9/1 ss.; *SK (Samson)* § 16 anexo núms. 13 ss.; *Gössel*, Bruns-Festschrift págs. 51 ss.; *Castaldo*, Non intelligere págs. 157 ss., así como *el mismo*, GA 1993, pág. 11. Por el contrario, profundizando convincentemente, *Schünemann*, Schaffstein-Festschrift págs. 160 ss.; *el mismo*, JA 1975, págs. 512 ss.; además, *Donatsch*, Fahrlässigkeitsdelikt pág. 138; *Armin Kaufmann*, Welzel-Festschrift págs. 404 ss.; *Hirsch*, ZStW 94 (1982) págs. 266 ss.; *Herzberg*, Jura 1984, págs. 406 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núms. 51 ss.; Wessels, Allg. Teil núm. 669; *Kaminski*, Der objektive Maßstab págs. 79 ss.

[13] En contra, *Jakobs*, ZStW Beiheft Teheran 1974 pág. 20 nota a pie núm. 45; *el mismo*, Allg. Teil 9/8 ss.

determinadas situaciones (vid., por ejemplo, el principio de confianza en el tráfico viario o en la división del trabajo que tiene lugar en algunas profesiones). Finalmente, los criterios objetivos de la imprudencia contienen el reconocimiento de un límite superior de la responsabilidad que recorta las demandas desorbitadas que se dirigen hacia el individuo, sirviendo con ello al principio de igualdad[14].

4. De este modo, el **tipo de injusto** del hecho imprudente se determina a través de tres elementos: por medio de la **reconocibilidad del peligro** de realización del tipo[15], de la actuación que en atención a dicho peligro olvida el **cuidado objetivamente debido**[16] y (en los delitos imprudentes de resultado) del **acaecimiento del resultado típico** a consecuencia de la infracción de aquel cuidado[17]. En *Derecho civil*, para la fundamentación de la responsabilidad en la

[14] No obstante, consideran injustificada una restricción de la responsabilidad de esta naturaleza, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núms. 139 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 9/11; *el mismo*, Studien págs. 55 ss.; *el mismo*, ZStW Beiheft Teheran 1974 pág. 21 nota a pie núm. 45; *Otto*, JuS 1974, págs. 707 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núms. 50, 54 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1098; *el mismo*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 300 ss.; *SK (Samson)* anexo al § 16 núm. 15; en cambio, *Blei*, Allg. Teil pág. 299, en con la misma concepción que la reproducida en el texto, trata la no utilización de aptitudes especiales como contravención objetiva del deber de cuidado. En la misma línea, la doctrina mayoritaria defiende el acertado punto de vista que mantiene que el Derecho penal no puede exigir más de lo que "se demanda en el tráfico habitual", con lo que de hecho puede recurrirse plenamente a capacidades estandarizadas especiales (conductor de camiones de largo recorrido, médico jefe, etc.) en los ámbitos correspondientes donde éstas deban entrar en juego; vid. *Schmidhäuser*, Schaffstein-Festschrift pág. 151; *Schünemann*, ibidem págs. 165 ss.; *el mismo*, JA 1975, pág. 514; *Hirsch*, ZStW 94 (1982) pág. 273; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 146 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 17 núm. 32.

[15] En contra del elemento de la previsibilidad del riesgo, *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núm. 13. En el sentido del texto, *Kühl*, Allg. Teil § 17 núm. 19; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 125.

[16] En contra de la infracción del deber de cuidado como elemento autónomo del delito imprudente, *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núms. 125 ss.; *Wolter*, GA 1977, págs. 267 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 43 núm. 19; *Schmidäuser*, Schaffstein-Festschrift págs. 131 ss., quienes sólo pretenden recurrir a la previsibilidad del menoscabo del bien jurídico. Sin embargo, la contravención de la norma y, con ello, el injusto de acción, residen precisamente en la infracción de las concretas exigencias que en una situación determinada el Ordenamiento jurídico impone al autor en atención a la previsibilidad del resultado. En contra también del deber objetivo de cuidado, *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núms. 10 ss., quien recurre sólo a la imputación objetiva; asimismo, *Yamanaka*, ZStW 102 (1990) pág. 944. *Jakobs*, Allg. Teil 9/6, aclara, incluso, que el requisito de la infracción de un cuidado impuesto sería "erróneo conforme a la lógica de la norma" porque ésta no exige actuaciones diligentes sino que tan sólo prohibe comportamientos negligentes. En el mismo sentido del texto se pronuncia la doctrina dominante; vid. *Lackner*, § 15 núm. 36; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núms. 121, 180; *Wessels*, Allg. Teil núm. 664; *Kühl*, Allg. Teil § 17 núms. 22 ss.

[17] Queriendo comprender el resultado como una mera condición de la punibilidad, *Armin Kaufmann*, ZfRV 1964, págs. 41 ss.; *el mismo*, Welzel-Festschrift págs. 410 ss.; *Horn*, Konkrete Ge-

indemnización del daño bastan estos requisitos pues allí sólo se trata de la cuestión de si es el autor o el perjudicado quien tiene que soportar los daños irrogados[18]. Para el *castigo*, sin embargo, se añade el requisito de la **culpabilidad imprudente**, pues aquí no se trata de la compensación de los daños sino de la emisión de un juicio de desvalor ético-social que sólo puede afectar al autor por haber merecido su reproche (BGH NJW 1995, 795 [796]).

a) La *cuestión del contenido de la culpabilidad* en la imprudencia ha sido siempre *discutida*. En Derecho natural la imprudencia todavía no representaba una auténtica forma de culpabilidad, sino que fue sólo considerada como un cuasi-delito en el que tenía lugar una atenuación de la pena[19]. *Feuerbach* intentó armonizar la teoría de la imprudencia con su teoría de la pena referida a la voluntad delictiva (coacción psicológica), por medio de la aceptación en aquélla de una resolución volitiva[20]. También los *hegelianos* se esforzaron en demostrar un *aspecto volitivo* en la imprudencia, divisándolo en el conocimiento y voluntad de las condiciones a partir de las cuales se desarrolla el resultado antijurídico como posibilidad real[21]. De forma similar *Binding* construyó la imprudencia como culpabilidad por la voluntad a través de la idea de que, en todo caso, la acción es querida como acontecimiento[22]. Otros, por el contrario, niegan el contenido de culpabilidad de la imprudencia por la ausencia general de una voluntad dirigida al resultado[23] o lo hacen, en todo caso, en el ámbito de la imprudencia inconsciente (vid. *infra* § 54 II 1)[24].

---

fährdungsdelikte págs. 78 ss.; *Schaffstein,* Welzel-Festschrift pág. 561; *Zielinski,* Handlungs— und Erfolgsunwert págs. 128 ss., 200 ss. (vid. ya al respecto *supra* § 24 III 2). Sin embargo, de acuerdo con el Derecho vigente, además de en la acción descuidada, el injusto del delito imprudente también reside en los daños reales causados por ésta.; así, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 157; *Krauß,* ZStW 76 (1964) págs. 6 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núm. 7; *Stratenwerth,* Schaffstein-Festschrift págs. 187 ss.; *Schünemann,* ibidem págs. 169 ss.; *el mismo,* JA 1975, págs. 442 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 128; *Paeffgen,* Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses pp.110 ss. Vid., además, *Volk,* GA 1976, págs. 171 ss., acerca de las consecuencias prácticas de la cuestión.

[18] En este sentido se pronuncia la doctrina dominante; vid. *Larenz,* Schuldrecht Tomo I págs. 284 ss. y el resumen de *Kaminski,* Der obicktive Mafistab pág. 110 nota a pie núm. 33. Por el contrario, de acuerdo con *Enneccerus/Nipperdey,* Allgemeiner Teil Tomo II págs. 132 ss., también en Derecho civil debe ser tenida en cuenta la capacidad individual de actuación, algo que sin embargo sólo puede ser válido para aquellos casos de responsabilidad delictiva en los que no resulta aplicable la idea de la asunción de la garantía.

[19] Vid. *Boldt,* Böhmer pág. 387.

[20] *Feuerbach,* Lehrbuch 13.ª ed., págs. 9 ss.

[21] Vid. *Köstlin,* System pág. 165; *Berner,* Imputationslehre págs. 227 ss.

[22] *Binding,* Die Schuld pág. 127; también *Mezger,* Lehrbuch págs. 355 ss., exige "un aspecto del *querer que conscientemente es contrario a deber*".

[23] Vid. *Baumgarten,* Verbrechenslehre págs. 116 ss.; *Germann,* SchwZStr 49 (1935) págs. 32 ss.

[24] Así, por ejemplo, *Bockelmann,* Verkehrsrechtliche Aufsätze págs. 213 ss.; mostrando sus dudas, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 168 ("desconocimiento del riesgo"); *Germann,* Das

b) Estas teorías resultan sin embargo rechazables. También en la imprudencia el objeto del reproche culpabilístico está constituido por una **actitud interna reprobable** del autor frente al **Derecho** (vid. *supra* § 39 II 1). Las exigencias del Ordenamiento jurídico están dirigidas aquí a que todo el mundo emplee sus capacidades para poder reconocer y evitar a tiempo los correspondientes peligros para el bien jurídico protegido[25]. En la imprudencia *consciente* el reproche culpabilístico está referido a la actuación descuidada del autor a pesar de que previó la realización del tipo como posible consecuencia de su hacer. Pero tampoco en la imprudencia *inconsciente* el reproche de culpabilidad constituye una ficción. En ésta se refiere al hecho de que el autor no prestó atención suficiente a la situación peligrosa o a la circunstancia de que aquél, reconociendo el peligro que tenía ante sí, no lo relacionó con la puesta en peligro del objeto de la acción, o bien, al dato de que aún siendo consciente de este último riesgo no le concedió espacio suficiente en la formación de su resolución al hecho. En consecuencia, la imprudencia sólo muestra un merecimiento de pena cuando la falta de atención descansa sobre defectos de su actitud interna como, por ejemplo, desconsideración, indiferencia, falta de preocupación por los demás o, con otras palabras, sobre el fracaso funcional del sentimiento valorativo[26]; en cambio, no son jurídico-penalmente defendibles la ausencia de capacidades corporales o mentales, lagunas de conocimiento o de experiencia, la ausencia de cautela o destreza, o el error en situaciones extremas (vid., no obstante, en relación con la culpabilidad por asunción *infra* § 57 II 3). También en la imprudencia inconsciente la culpabilidad reside en un error de la actitud interna, a saber, cuando queda por debajo del límite mínimo de la atención que el Ordenamiento jurídico debe exigir objetivamente para evitar pérdidas y daños a valores y bienes de la comunidad, en la medida en que la edad, las fuerzas, la profesión y la experiencia de vida del autor hagan que la exigencia aparezca posible de cumplir[27]. En la era de la técnica, tal y como lo demuestra

---

Verbrechen pág. 94; *J. Hall,* Principles pág. 372; *Kohlrausch,* Die Schuld págs. 20 ss.; *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip págs.156 ss.; *Sauer,* Allgemeine Strafrechtslehre pág. 180; *Glanville Williams,* Criminal Law págs. 12 ss. Por el contrario, *Erenlus,* Criminal Negligence págs. 87 ss., no recurre a esta cuestión puramente teórica relativa a la culpabilidad por la voluntad, sino que lo hace a la de cuáles son los medios de defensa (defences, exceptions) se encuentra a disposición del autor frente al reproche de la imprudencia.

[25] Así se pronuncia, en contraste con la "teoría de la voluntad", la "teoría del sentimiento"; vid. *Exner,* Fahrlässigkeit págs. 173 ss.; *Kadeèka,* Gesammelte Aufsätze pág. 69; *Engisch,* Vorsatz und Fahrlässlgkeit pág. 470. Acerca de la imprudencia consciente como culpabilidad por la voluntad, *Kühler,* Fahrlässlgkeit págs. 37 ss.

[26] Así, con razón, *Nowakowski,* JBl 1953, pág. 508; vid. también *el mismo,* JBl 1972, pág. 31

[27] Vid. *Coenders,* Feuerbach págs. 28 ss.; *Löffler,* Schuldformen pág. 9; *Armin Kaufmann,* ZfRV 1964, pág. 53; *Welzel,* Lehrbuch págs. 150 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1104; *Schönke/Schröder/Cra-*

los muchos accidentes debidos a "fallos humanos", el mandato de atención posee la misma justificación que el deber de armonizar la voluntad consciente con las normas que integran el Ordenamiento jurídico.

5. El vigente Derecho penal alemán no contiene una cláusula general de imprudencia (como, por ejemplo, el Derecho civil en el § 823 I BGB o el art. 565 del Código penal español[28]), sino sólo *determinados tipos imprudentes* que raras veces han sido acogidos en el StGB y que sí aparecen con frecuencia en el Derecho penal especial. Al igual que en los delitos dolosos se diferencia entre *delitos de actividad* (§§ 163, 316 II) y *de resultado* (§§ 222, 230[29], 309[30], 345 II), así como entre *delitos de comisión* y de *omisión* (§ 138 III). La actuación imprudente es sólo *punible* cuando la Ley así lo prevé expresamente (§ 15; de forma correlativa también el § 10 OWiG). Muchos de los delitos dolosos importantes como el de aborto (§ 218), detenciones ilegales (§ 239), delitos contra la autodeterminación sexual (§§ 174 ss.) y la mayoría de los delitos patrimoniales, carecen de una figura delictiva equivalente en la imprudencia en la medida en que su merecimiento de pena ha sido negado por el legislador. Han sido introducidos nuevos tipos penales imprudentes por la 1. WiKG (§§ 264 III[31], 283 IV, V y 283b II) y la 18. StÄG en todas las disposiciones penales sobre protección del medio ambiente (§§ 324 III y ss.) y el nuevo precepto sobre blanqueo de capitales (§ 261 V).

II. Clases y grados de imprudencia

1. Habitualmente son diferenciadas *dos clases de imprudencia*: la **inconsciente y la consciente**[32]. En la primera (negligentia) el autor, a consecuencia de la infracción del deber de cuidado, no piensa en la posibilidad de poder realizar el tipo legal, mientras que en la segunda (luxuria) el sujeto, ciertamente,

---

mer, § 15 núm. 201; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 43 núm. 127; *Kühl*, Allg. Teil § 17 núms. 89 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 692. Especialmente, en relación con la "culpabilidad por el resultado", *Müller-Dietz*, Schuldgedanke págs. 77 ss.; *Dubs*, SchwZStr 78 (1962) págs. 45 ss. Mostrando sus dudas *Roxin*, ZStW 82 (1970) pág. 687; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 16 ss.

[28] El art. 12 del vigente Código penal de 1995 acoge ya, sin embargo, el sistema de *numerus clausus* en la punición de los delitos y faltas imprudentes al disponer que "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley" (N del T).

[29] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

[30] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306d (N del T).

[31] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 264 IV (N del T).

[32] La teoría procede de *Feuerbach*, Lehrbuch 13.ª ed., pág. 93, quien aquí, por primera vez, suministra una diferenciación cualitativa en lugar de los grados cuantitativos de culpa del Derecho común.

se da cuenta de la existencia del peligro concreto para el objeto protegido de la acción pero, sin embargo, a consecuencia de la sobrevaloración de sus grados, de sus propias fuerzas o, sencillamente, porque cree en su propia suerte, confía contrariamente a deber en que no se realizará el tipo legal. Al igual que en el dolo (vid. *supra* § 29 II 3a), la imprudencia no sólo puede aparecer referida a un resultado de lesión sino que también puede estarlo a un resultado de peligro. También es imaginable la imprudencia *consciente* en relación con un peligro: en este caso el autor estima posible la realización del peligro pero confía en que éste no tenga lugar[33].

La jurisprudencia ha hecho suya la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente. La imprudencia existe "cuando se comprueba que el autor ha desatendido el cuidado al que estaba obligado de acuerdo con sus conocimientos personales y sus capacidades, a consecuencia de lo cual o no ha previsto el resultado que en aplicación del correspondiente deber de cuidado habría podido prever —imprudencia inconsciente— o, ciertamente, ha tenido por posible el advenimiento del resultado pero ha confiado en que ello no suceda —imprudencia consciente—" (RG 56, 343 [349] en relación con un fallo de arquitectura; RG 58, 130 [134] relativa a la omisión imprudente; RG 67, 12 [18] acerca de un error médico).

En ambas clases de imprudencia, que a menudo en la praxis no se distinguen nítidamente, el contenido de injusto y de culpabilidad reside en la *ausencia de una atención obligada*, puesto que también la imprudencia consciente descansa sobre un desconocimiento contrario a deber que, si bien no está referido a la existencia del peligro, si lo está al grado de éste, de la extensión del deber de cuidado o de las limitaciones de las propias capacidades. Entre ambos tipos de imprudencia tampoco existe una *relación gradual* pues la conducta de quien ni siquiera percibe el riesgo existente puede resultar desaprobada más intensamente que la negligencia leve de una imprudencia consciente en la que simplemente se sobrevaloran las propias fuerzas (BGH NJW 1962, 1780 [1781]; OLG Karlsruhe DAR 1968, pág. 220)[34]. El significado práctico de la distinción entre ambas clases de impruden-

[33] La imprudencia consciente referida a la *lesión* del objeto de la acción sólo resulta equivalente al dolo de peligro si el autor toma en serio el peligro de acaecimiento de una lesión y se conforma con ello; vid. al respecto, *Schaffstein*, Göttinger Festschrift OLG Celle pág. 180. En contra, con razón, de la equiparación *general* entre la imprudencia consciente y el dolo de peligro llevada a cabo por *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 154, vid. *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núm. 120, así como *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núm. 65.

[34] Vid. *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núm. 121; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 43 núm. 121. Por el contrario, *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núm. 61, mantiene *ceteris paribus* que la imprudencia consciente es merecedora de mayor pena.

cia[35] reside sobre todo en su delimitación frente al dolo eventual. La imprudencia consciente es en su estructura similar al dolo eventual[36]; esto es precisamente lo que hace tan difícil la necesaria distinción legal entre ambas formas de aparición del hecho punible (vid. *supra* § 29 III 3c).

2. Hace tiempo que el Derecho penal común tomó prestados del Derecho civil la distinción entre *distintos grados de imprudencia* (culpa lata, levis y levissima)[37] y que aún hoy utiliza el legislador en esta última rama del Derecho (en relación con la imprudencia "grave" y "leve" entra en juego la "diligentia quam in suis") (§§ 276, 277 BGB)[38]. Tal graduación sólo es conocida por el vigente Derecho penal en la medida en que en diferentes tipos penales se exige la **temeridad grave** ("*Leichtfertigkeit*") como forma acentuada de imprudencia (por ejemplo, §§ 97 II, 109g IV, 138 III, 261 V, 264 III[39], 283 IV núm. 2, V núm. 2, 345 II StGB; §§ 21, 41 III WStG). Esto rige especialmente para muchos de los delitos cualificados por el resultado (verbigracia, §§ 176 IV[40], 177 III[41], 178 III[42], 239a III, 251, 316c II[43]). También en el Derecho administrativo sancionador el concepto de grave temeridad es empleado cada vez con más frecuencia (por ejemplo, §§ 378-381 AO 1977; § 56 I núms. 4, 5 KWG)[44]. Esta modalidad de imprudencia se corresponde con la imprudencia grave del Derecho civil (E 1962, Fundamentación, pág. 132; BGH 14, 240 [255]; 20, 315 [327]; 33, 66)[45]; existe cuando el cuidado debido ha sido infringido "en

[35] Éste es negado por *Kohlrausch/Lange*, § 59 comentario núm. IV 3; vid., por el contrario, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 43 núms. 121 ss.; *Dubs*, SchwZStr 78 (1962) págs. 35 ss.; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núm. 117; *Lackner*, § 15 núm. 53; *Binavince*, Fahrlässigkeit pág. 142.

[36] Desde el punto de vista de su delimitación discrepante del dolo eventual (vid. *supra* § 29 III 3daa) *Schröder* debió considerar equivocado el concepto de imprudencia consciente; vid. *Schröder*, Sauer-Festschrift pág. 237; asimismo, *Schmidhäuser*, GA 1957, pág. 313; *el mismo*, GA 1958, pág. 167; *el mismo*, Allg. Teil pág. 435; *Jakobs*, Allg. Teil 9/3; *el mismo*, ZStW Beiheft Teheran 1974 pág. 10.

[37] Vid. *Boldt*, Böhmer pág. 402.

[38] Vid. *Larenz*, Schuldrecht Tomo I págs. 291 ss.

[39] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 264 IV (N del T).

[40] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 176 b (N del T).

[41] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 178 (N del T).

[42] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 178 en su único apartado (N del T).

[43] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 316c III (N del T).

[44] Vid. *Göhler*, § 10 OWiG núm. 20.

[45] Vid. *Maiwald*, GA 1974, pág. 258; *Jakobs*, ZStW-Beiheft Teheran 1974 págs. 30 ss.; *Tenckhoff*, ZStW 88 (1976) págs. 898 ss.; *Volk*, GA 1976, págs. 175 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 42 núm.

una medida inusualmente grave", cuando el autor no ha tenido en cuenta "lo que en el supuesto concreto debió ser evidente para cualquiera" (RGZ 141, 129 [131]; BGHZ 10, 14 [16]; 17, 191 [199]; BGHSt 33, 66; OLG Hamm NStZ 1983, pág. 459) o cuando el autor "desatiende de modo especialmente irreflexivo la posibilidad de que acaezca un suceso mortal" (BGH 33, 67). En el examen del contenido de culpabilidad del hecho la temeridad grave se mide asimismo de acuerdo con un criterio individual, esto es, el autor mismo debió darse cuenta sin más de las circunstancias que hacían aparecer su conducta como gravemente temeraria[46].

El AE contiene en el § 16 II la propuesta atendible de dejar siempre *impune* la *imprudencia leve* por faltar en ésta una culpabilidad criminal[47].

III. Tratamiento de las combinaciones dolo-imprudencia

Baumann, Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 70 (1958) pág. 227; *Cramer,* Das Strafensystem des StGB nach dem 1.4.1970, JurA 1970, pág. 183; *Gössell* Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 219; *Hänle,* Die Teilnahme an den erfolgsqualifizierten Delikten, Diss. Tübingen 1970; *Hardwig,* Betrachtungen zum erfolgsqualifizierten Delikt, GA 1965, pág. 97; *Hirsch,* Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972, pág. 65; *Janiszewski,*

44; *Hall,* Mezger-Festschrift pág. 244. Vid. también la definición contenida en el E 1962 § 18 III que, finalmente, no ha tenido acogida en el texto definitivo.

46 Llendo demasiado lejos *Maiwald,* GA 1974, pág. 265, exige que el autor haya poseído también la capacidad de prever su actuación como una conducta gravemente temeraria. En contra, *SK (Rudolphi)* § 18 núm. 5. Suministrando una definición tradicional que abarca el aspecto del injusto y de la culpabilidad de esta forma de imprudencia, *Wegscheider,* ZStW 98 (1986) pág. 657; en cambio, *Arzt,* Schröder-Gedächtnisschrift pág. 119, en adhesión al Derecho americano, no sólo atiende a la grave infracción del cuidado necesario sino también a la indiferencia del autor. Considerando también a la temeridad grave como un "elemento comprensivo del injusto y de la culpabilidad", *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núm. 80.

47 Asimismo, *Bockelmann,* Verkehrsrechtliche Aufsätze págs. 21 ss.; *Stratenwerth,* Basler Juristische Mittellungen 1966, págs. 72 ss.; *el mismo,* Allg. Teil I núms. 1139 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I 5 24 núm. 85; *Arzt,* Schröder-Gedächtnisschrift págs. 13 ss. En el Derecho penal de tráfico *Cramer,* DAR 1974, pág. 322, pretende restringir la imprudencia por el resultado a los supuestos de temeridad grave. En los delitos cualificados por el resultado *Paeffgen,* JZ 1989, pág. 227, exige siempre este clase de imprudencia. Postulando la exclusión de consecuencias de bagatela *Volk,* GA 1976, págs. 179 ss. Discrepando de ello, *Tröndle,* DRiZ 1976, pág. 132; *Dreher/Tröndle,* § 15 núm. 21. Remitiendo acertadamente al § 153 StPO, *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núm. 215.

Anmerkung zu BGH vom 22.7.1966, MDR 1967, pág. 229; *Jescheck,* Erfolgsdelikte, Niederschriften, Tomo II, pág. 246; *Koffka,* Erfolgsdelikte, Niederschriften, Tomo II pág. 234; *Krey/Schnelder,* Die eigentlichen Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen usw., NJW 1970, pág. 640; *Lagodny,* Anmerkung zu BGH GS 39, pág. 100, NStZ 1992, pág. 490; *Lang-Hinrichsen,* Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, ZStW 73 (1961) pág. 210; *Laubenthal,* Anmerkung zu BGH 35, 257, JR 1988, pág. 335; *Oehler,* Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm, GA 1954, pág. 33; *el mismo,* Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957) pág. 503; *Rengier,* Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *Rudolphi,* Anmerkung zu BGH 26, 175, JR 1976, pág. 74; *Schubarth,* Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte, ZStW 85 (1973) pág. 754; *Traub,* Zur Bedeutung des Wortes "wenigstens" in § 56 StGB, NJW 1957, pág. 370.

El Derecho penal conoce numerosos tipos en los que es exigido el dolo para la acción del hecho; en cambio, en relación con el resultado de lesión o de peligro es suficiente con la imprudencia. La cuestión que aquí se plantea es, en primer lugar, la de si este conjunto de disposiciones penales (por ejemplo, en relación con los §§ 26, 27) hay que tratarlas como tipos dolosos o imprudentes. En segundo lugar, también se deriva el problema de cuál es la estructura que muestra la imprudencia en casos de esta naturaleza.

1. Para las **auténticas combinaciones de dolo e imprudencia** como, por ejemplo, la producción de una explosión con material inflamable del § 311 IV[48] o la puesta en peligro del tráfico viario según el § 315c III núm. 1 (vid. *supra* § 26 II 1a), el Derecho vigente contiene en el § 11 II la regla de que aquéllas deben ser tratadas "en el sentido de la Ley", esto es, como tipos dolosos[49] en atención a cuestiones prácticas como la participación (OLG Stuttgart VRS 50, 265), la tentativa (por ejemplo, § 353b I 3)[50] y la determinación de la pena (§§ 56g II, 66). En realidad, la parte dolosa del tipo conjunto no aparece conminada autónomamente

[48] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 308 V (N del T).

[49] De acuerdo con este criterio, *Dreher/Tröndle,* § 11 núm. 38; *LK (10.ª)(Tröndle)* § 11 núms. 95 ss.; *Lackner,* 11 núm. 24; *Schönke/Schröder/Eser,* § 11 núms. 75 ss.; *Janiszewski,* MDR 1967, pág. 229; vid. también, BT-Drucksache IV/651 pág. 25. Ven, por el contrario, un mayor protagonismo en la parte imprudente del tipo, *Cramer,* JurA 1970, págs. 196 ss.; *Krey/Schneider,* NJW 1970, págs. 641 ss.; *Gössel,* Lange-Festschrift págs. 227, 238; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 18 núm. 5. Vid., también, BGH MDR 1966, pág. 229.

[50] Así, *Dreher/Tröndle,* § 11 núm. 38; *Schönke/Schröder/Eser,* § 11 núm. 76. Disienten, *Krey/Schneider,* NJW 1970, pág. 644; *SK (Rudolphi)* § 11 núm. 36.

con una pena, pero al menos contiene en sí misma una infracción administrativa, una contravención disciplinaria o cualquier otra acción antijurídica que adquiere una especial importancia por haber originado la producción de un resultado de peligro. Está por ello justificado que en la cuestión delimitadora se le conceda prioridad a la parte dolosa del tipo.

Ejemplo: Al conductor de un taxi, que dolosamente circula por una acera para transportar lo más rápidamente posible a la estación a un cliente que le ha determinado a conducir de este modo poniendo así en peligro la vida de los viandantes, se le castiga por un delito menos grave del § 315 III núm. 1 en conexión con el apartado I núm. 2, mientras que al viajero se le condena por la inducción a tales hechos.

En las auténticas combinaciones entre dolo e imprudencia esta última muestra la especialidad de que la infracción del cuidado debido en relación con el resultado ya reside en la acción dolosa, de modo que por regla general sólo resta preguntarse si el resultado de peligro fue también previsible. No obstante, si el acaecimiento del resultado estaba situado fuera de lo probable en el caso concreto puede faltar una relación de imputación entre la infracción del cuidado y el acaecimiento de aquél (vid. *supra* § 26 II 2).

2. El segundo grupo de combinaciones entre dolo e imprudencia vienen constituidas por los **delitos cualificados por el resultado** (*combinaciones impropias entre dolo e imprudencia*, vid. *supra* § 26 II 1a). Aquí se trata de delitos con un típico contenido de peligrosidad en los que la realización del riesgo previsto por el tipo básico está conminada con una pena sustancialmente superior a la del delito base. Para este grupo el § 18 determina que la pena más alta sólo se aplica al autor "cuando éste, por lo menos, ha provocado por imprudencia el resultado"[51]. Aunque los delitos cualificados por el resultado constituyen un vestigio de la vieja responsabilidad por el resultado, aún hoy su presencia es abundante en el StGB (por ejemplo, §§ 221 III, 224[52], 225[53], 226[54], 229

[51] De la utilización de la expresión "por lo menos" se deduce que básicamente también puede entrar en juego el dolo como, por ejemplo, en el § 225 I el dolo eventual; en cambio, para el supuesto de dolo directo e intención ("*Absicht*") entra en juego el § 225 II. Vid. al respecto BGH 9, 135 (136); 24, 213; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 18 núm. 5; *SK (Rudolphi)* § 18 núm. 5 [Téngase en cuenta que, salvo error u omisión, en la actualidad ya ha desaparecido este delito cualificado por el resultado; vid. los vigentes §§ 224, 226 y 229 (N del T)].

[52] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 (N del T).

[53] Vid. la nota a pie núm. 52 *in fine* (N del T).

[54] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 227 (N del T).

II[55], 239 II[56], III[57], 307 núm. 1[58], 312[59], 318 III, 330, 340 II[60]) incluso como tipos básicos en combinación con un hecho imprudente (§§ 309[61], 314[62])[63]. A pesar del § 18 su compatibilidad con el principio de culpabilidad es dudosa porque se agrava considerablemente el marco penal de una mera culpabilidad por imprudencia[64].

Ejemplo: Quien golpea a una persona con una pistola cargada provocando un disparo que mata a ésta se le castiga de conformidad con el § 226[65] a una pena cuyo límite mínimo no baja de los tres años y que, en casos menos graves, es de tres meses hasta cinco años[66]. Por el contrario, el golpe por sí solo se castiga según el § 223a[67] con pena de prisión de tres meses a cinco años y el homicidio imprudente, sin más, con una pena de multa o prisión de hasta cinco años (§ 222).

---

[55] Las lesiones corporales graves o la muerte ya no constituyen un delito cualificado por el resultado de la figura del "envenenamiento" prevista en el anterior § 229; esta última ha dejado de ser una figura delictiva autónoma y actualmente sólo aparece como modalidad comisiva de las lesiones corporales peligrosas (vid. § 224 I núm. 1) (N del T).

[56] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 239 III núm. 1 (N del T).

[57] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 239 IV (N del T).

[58] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306c (N del T).

[59] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 313 II en conexión con el § 308 II a VI (N del T).

[60] Salvo error u omisión, actualmente ha desaparecido la cualificación por el resultado de lesiones corporales peligrosas o especialmente graves anteriormente prevista en el § 340; véase la redacción actual del mencionado precepto (N del T).

[61] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306d (N del T).

[62] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 313 II en conexión con el § 308 III, V y VI.

[63] Acerca del Derecho penal especial vid. *Hänle*, Die Teilnahme pág. 14.

[64] Vid. *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip pág. 244; *Kohlrausch/Lange*, § 56 comentario núm. III (págs. 211 ss.); *Hardwig*, GA 1965, pág. 98; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 18 núm. 34; *SK (Rudolphi)* § 18 núm. 1. A favor de la desaparición de *lege ferenda* de los delitos cualificados por el resultado, *Jescheck*, Niederschriften Tomo II, pág. 248; *Schubarth*, ZStW 85 (1973) pág. 775. Por el contrario, mostrándose favorable al retorno a la situación jurídica anterior de acuerdo con el § 56 en su antigua redacción, *Baumann*, ZStW 70 (1958) págs. 236 ss.; en contra de esta opinión, con razón, *Lang-Hinrichsen*, ZStW 73 (1961) págs. 224 ss. A favor del mantenimiento de los delitos cualificados por el resultado, *Hirsch*, GA 1972, pág. 77; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte págs. 313 ss. (con propuestas de reforma). A favor de la corrección de los marcos penales, *Jakobs*, ZStW Beiheft Teheran 1974 págs. 37 ss.

[65] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 227 (N del T).

[66] Actualmente, de acuerdo con el vigente § 227 II, en casos menos graves se aplica una pena de prisión de uno a diez años (N del T).

[67] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 I núm. 2 que también ha variado la pena aplicable (de seis meses a diez años de prisión) (N del T).

Para poder justificar mejor los marcos punitivos previstos para los delitos cualificados por el resultado, el legislador exige grave temeridad en lugar de imprudencia simple en relación con el acaecimiento de la consecuencia cualificada (vid. *supra* § 26 II 1a). Dado que, a diferencia de lo que sucede con el § 18, en estos supuestos está presupuesta "por lo menos" la temeridad grave (excepción hecha del § 225 I [68]), con frecuencia fue aceptado (también en la 4.ª ed. de esta obra, pág. 516) que no entraba en juego el delito cualificado por el resultado si mediaba dolo en relación con la consecuencia adicional (BGH 26, 175, acerca del § 251 con comentario aprobatorio de *Rudolphi*, JR 1976, pág. 74)[69]. Lo correcto, sin embargo, es entender el § 18 de modo que en todos los delitos cualificados por el resultado la consecuencia especial pueda ser provocada tanto dolosa como imprudentemente (y, con ello, también por medio de temeridad grave) (BGH 33, 257 [258]; BGH NStZ 1992, pág. 230; BGH GS 39, 100)[70].

La regulación contenida en el § 11 II se sobreentiende por sí misma para los delitos cualificados por el resultado. Su tratamiento como delitos dolosos se deriva ya del hecho de que el tipo básico se presenta por sí mismo como un hecho doloso autónomo que es punible. Como delito de lesión este último contiene ya la contravención del cuidado debido con vistas a evitar el acaecimiento de la consecuencia especial. La imprudencia exigida por el § 18 consiste aquí, pues, en la *previsibilidad del resultado más grave* como, por ejemplo, en la producción de un disparo en el caso anteriormente mencionado en el que el autor golpea a la víctima con una pistola cargada (BGH 24, 213 [215]); BGH NStZ 1982, 27)[71].

---

[68] Salvo error u omisión en la actualidad ya ha desaparecido este delito cualificado por el resultado, vid. la actual redacción del § 226 (N del T).

[69] Asimismo, *Tenckhoff*, ZStW 88 (1976) pág. 919; *Maiwald*, GA 1974, pág. 270; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte págs. 107 ss.; *Lackner*, § 251 núm. 4; *Lagodny*, NStZ 1992, pág. 490.

[70] En el mismo sentido, *Jakobs*, Allg. Teil 9/31; *Dreher/Tröndle*, § 18 núm. 6; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 18 núm. 25; *Paeffgen*, JZ 1989, págs. 223 ss.; *AK (Paeffgen)* § 18 núms. 80 ss.; *Laubenthal*, JR 1988, págs. 335 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 18 núm. 3; *Montenbruck*, Strafrahmen pág. 205. La nueva redacción del § 225 I a través de la Ley sobre Lucha contra la Delincuencia de 28.10.1994 (BGBl. I pág. 3186) amplía la responsabilidad por la consecuencia más grave al dolo eventual y a la temeridad grave.

[71] Así, expresamente, § 17 E 1919; además, art. 123 II schweiz. StGB. Igualmente, *Koffka*, Niederschriften Tomo II pág. 242; *Jescheck*, ibidem pág. 248; *Lackner*, § 18 núm. 7; anteriormente ya *Radbruch*, VDA Tomo II pág. 251. No obstante, con acierto exige *Wessels*, Allg. Teil núm. 693, que también concurra la reconocibilidad del peligro específico de acaecimiento de la consecuencia más grave y, caso de que el tipo presuponga la temeridad grave, la existencia de una infracción cualificada del deber de cuidado.

Naturalmente, dado que no se trata de una simple relación de adecuación sino de una *culpabilidad* por imprudencia, el resultado debe haber sido previsible *también para el autor* de conformidad con sus capacidades personales[72].

Cuando *concurren varias personas* en el delito cualificado por el resultado hay que partir siempre del delito básico doloso realizado. La aplicación del marco punitivo agravado a uno de los intervinientes (coautor, inductor y cómplice) sólo depende, de acuerdo con el § 29 II, de si para el *codelincuente en cuestión* fue previsible la consecuencia más grave y con independencia de si el autor principal actuó dolosamente, con imprudencia o sin culpabilidad[73].

Ejemplo: Quien induce a otro a un robo en el que la víctima debe ser golpeada con un palo en la cabeza en el caso de que ésta se defienda, debe ser condenado por inducción al robo como resultado de muerte (§§ 251, 26) si el ofendido pierde la vida con ocasión del hecho y el inductor pudo haber previsto sin más esta circunstancia (BGH 19, 339 [341 ss.]).

Acerca de la *tentativa* en los delitos cualificados por el resultado vid. *supra* § 49 VII 2; acerca de los problemas *concursales* vid. *infra* § 67 III 3.

IV. Tentativa y participación en los delitos imprudentes

En **los delitos imprudentes** no hay **ni tentativa** (vid. *supra* § 49 III 1a) **ni participación** (vid. *infra* § 61 VI) a pesar de que una y otra fueran imaginables en el supuesto de la imprudencia consciente. Cuando varios causan imprudentemente un resultado típico cada uno de ellos es responsable por el todo[74]. Distintos interrogantes se derivan, no obstante, en aquellos casos en los que alguien, por medio de un comportamiento imprudente, contribuye a que otro pueda cometer un delito doloso. Y así si, por ejemplo, el asesino se sirve del descuido del farmacéutico para hacerse con el veneno destinado a ejecutar el hecho, no se puede dudar en ningún caso acerca de la existencia de la relación de causalidad entre la

---

[72] La fundamentación de los delitos cualificados por el resultado a través de la simple relación de adecuación entre el delito básico y la consecuencia más grave vulneraría el principio de culpabilidad.

[73] Vid. *Dreher/Tröndle,* § 18 núm. 3; *Lackner,* § 18 núm. 6; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 18 núm. 7; *SK (Rudolphi)* § 18 núm. 6; disiente en parte *Oehler,* GA 1954, págs. 37ff.; *Hänle,* Die Teilnahme págs. 58 ss.

[74] Más detalladamente sobre la cuestión, *Gallas,* Beiträge pág. 91; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 42 núm. 39; *Murmann,* Die Nebentäterschaft págs. 231 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 1149 ss.; *Welzel,* Lehrbuch págs. 99, 189. Distinguiendo formas específicas de intervención en el ámbito de la imprudencia, *Otto,* Spendel-Festschrift págs. 281 ss.

imprudencia del boticario y la muerte de la víctima (la relación de causalidad no se interrumpe por el hecho doloso; vid. *supra* § 28 II 3)[75]. El problema tampoco reside en la imputación objetiva del delito doloso sino en la determinación del deber de cuidado del autor de la imprudencia. Hay que distinguir dos grupos de casos:

1. Si la infracción del cuidado debido ya contiene en sí misma el **peligro de acaecimiento del resultado típico**, entonces el aprovechamiento de la situación favorable para el hecho doloso reside dentro del marco del riesgo jurídicamente desaprobado y la responsabilidad por la actuación descuidada a causa del resultado del delito doloso se rige por las reglas generales.

Ejemplos: El asesino puede hacerse inadvertidamente con el veneno en la farmacia debido a que el boticario lo ha custodiado indebidamente. Alguien alquila una vivienda sometida a un fuerte peligro de incendio en la que, posteriormente, mueren los inquilinos a causa del incendio provocado dolosamente por un tercero (RG 61, 318 [320]). En este caso, frente a la postura mantenida por el RG, hay que negarla presencia de un homicidio imprudente pues el arrendador no contó con la provocación dolosa de un incendio. Un delincuente sexual muy peligroso utiliza la salida autorizada por el médico del hospital regional para cometer una violación (LG Göttingen NStZ 1985, pág. 410). La condena del médico por lesiones corporales imprudentes descansó acertadamente sobre la idea de que el interno, que era conocido por el médico, había abusado repetidamente de las salidas.

2. La infracción del cuidado debido también puede perjudicar a su autor cuando el hecho doloso de otro, si bien no resulta reconocible por cualquiera, sí lo fue por el autor a causa de sus conocimientos especiales. También resulta entonces responsable por la causación imprudente del resultado si suministra una aportación causal al hecho doloso.

Ejemplos: Si el autor hubiera prestado la debida atención se habría dado cuenta por determinados indicios que su amigo planificaba un asesinato; a pesar de ello, prestó al mismo su fusil con el que finalmente cometió el asesinato. La madre de la hija que da a luz un niño extramatrimonial es responsable (por omisión) de la comisión imprudente de un homicidio si durante el nacimiento de aquél se aleja de la casa a pesar de que pudo prever que su hija mataría al bebé (RG 64, 316 [319]).

Para casos de esta naturaleza es admitida de diferentes modos una **prohibición de regreso**[76], esto es, la responsabilidad única por el hecho doloso excluyendo la posibilidad de que se castigue también al interviniente que actúa de modo imprudente; esta postura

[75] Vid. *Spendel*, JuS 1974, págs. 753 ss.

[76] Así, sobre todo, *Frank*, § 1 comentario III 2a; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 138; *Lampe*, ZStW 71 (1959) pág. 615; *Naucke*, ZStW 76 (1964) págs. 409 ss.

debe ser no obstante rechazada[77]. Según *Stratenwerth* una responsabilidad imprudente del hombre de atrás sólo debe jugar "si la aportación al delito no aparece sólo como posible sino que se presenta como la única finalidad imaginable"[78]. Sin embargo, tal restricción del deber de cuidado carece de fundamento pues no resulta acertado que de modo general se pueda confiar en la ausencia de un hecho doloso, aún cuando existan puntos de apoyo para lo contrario. También el hecho de posibilitar o facilitar la perpetración de un delito doloso que se *podría* haber percibido por otro debe fundamentar la responsabilidad por imprudencia. Si ni el autor mismo (sobre la base de sus conocimientos especiales) ni un observador atento pudieron prever el hecho doloso del tercero, entonces falta ya un presupuesto de la punibilidad de la imprudencia como es la previsibilidad del resultado.

3. La **cocausación imprudente de la autolesión o la autopuesta en peligro** ajena, ya sea cometida dolosa o imprudentemente, no fundamenta la responsabilidad penal de su autor por la intervención del principio de la autorresponsabilidad del ofendido que excluye la infracción del deber de cuidado frente a quien se lesiona a *sí mismo*. La responsabilidad criminal del autor que promueve la autolesión o la autopuesta en peligro sólo comienza allí donde la víctima, a causa de su inexperiencia o su juventud, no reconoce el peligro, en los casos en los que el autor, sobre la base de un conocimiento más reflexivo de la situación fáctica, percibe mejor el riesgo que la propia víctima, así como en aquellos supuestos en los que el autor posee una posición de garante en beneficio del ofendido[79].

Ejemplos: Queda impune quien facilita imprudentemente el suicidio de otro (BGH 24, 342). Por el contrario, es responsable de un homicidio imprudente quien organiza con una persona ebria una competición de motocicletas en la que por propia culpa esta última fallece a causa de un accidente (BGH 7, 112). El mesonero que sirve alcohol a un automovilista sólo debe impedir la continuación de su viaje cuando éste ya no puede comportarse responsablemente (BGH 19, 152; 26, 35). Es punible por una tentativa del § 223a[80] el enfermo de SIDA que mantiene relaciones sexuales sin protección cuando no informa de ello a su pareja (BGH StV 1989, 61 [65]). Se acepta la existencia de un homicidio imprudente por parte de un pirómano ante la muerte de quien presta auxilio (BGH NJW 1994, pág. 205). La entrega de narcóticos a un drogadicto que se mata o

---

[77] Así, con razón, *Roxin*, Tröndle-Festschrift págs. 185 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 223; *Jakobs*, Allg. Teil 21/114; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 77 antes del § 13; *Spendel*, JuS 1974, pág. 755 (quien, sin embargo, postula por la impunidad sobre la base de otros argumentos; vid. pág. 756).

[78] *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1164.

[79] Vid. *Dölling*, GA 1984, págs. 71 ss., con amplias referencias; *Frisch*, Tatbestansmäßiges Verhalten págs. 162 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 21/114a; *Otto*, Tröndle-Festschrift pág. 175; *Roxin*, Allg. Teil I § 11 núms. 86 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 155; *Stree*, JuS 1985, págs. 179 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 187; *Zaczyk*, Selbstverantwortung des Verletzen pág. 36. Críticamente en relación con la BGH 24, 342, *Geilen*, JZ 1974, págs. 145 ss.

[80] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 (N del T).

lesiona con los mismos no fundamenta ninguna responsabilidad por homicidio o lesiones imprudentes por parte de quien ha proporcionado la sustancia (BGH 32, 262 con comentario de *Roxin*, NStZ 1984, pág. 410; vid., además, OLG Stuttgart VRS 67, 429). Lo mismo rige para la ingesta conjunta de una infusión de estramonio que condujo a algunos a la muerte y a otros a sufrir lesiones corporales, pues se presupone que las víctimas eran conscientes de la peligrosidad de la bebida (BGH NStZ 1985, pág. 25). No obstante, en relación con la agravación de la pena contenida en el § 30 I núm. 3 y § 29 III núm. 2 BtMG, se acepta una restricción del principio de autorresponsabilidad ante una consciente autopuesta en peligro cuando, por medio del suministro de sustancias estupefacientes, se causa de modo gravemente temerario la muerte de una persona; la razón de ello reside en que el bien protegido es sobre todo la salud pública (BGH 37, 179 [181 ss.][81]).

V. Derecho extranjero

El desglose de la imprudencia con el doble criterio de situar parte de la misma en la antijuricidad y en la culpabilidad también ha encontrado partidarios en *Austria*[82], *Suiza*[83] y *Canadá*[84]. Por el contrario, la doctrina *francesa* relativa a la naturaleza y límites de la imprudencia se ha anclado en una etapa que podríamos denominar clásica[85]; la juris-

[81] De acuerdo *Rudolphi*, JZ 1991, pág. 572; *Weber*, Spendel-Festschrift pág. 371. Vid., además, acerca de la restricción del principio de autorresponsabilidad, *Frisch*, NStZ 1992, pág. 1; *Walther*, Eigenverantwortlichkeit págs. 181 ss.

[82] Vid. *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 2 ss.; *el mismo*, Grundzüge págs. 10 ss.; *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 26; *Graßberger*, ZfRV 1964, págs. 20 ss.; *Rittler*, Tomo I págs. 217 ss.; *Kienapfel*, JZ 1972, pág. 775; *Nowakowski*, JBl 1972, págs. 30 ss.; *Platzgummer*, JBl 1971, pág. 240; *Seiler*, Maurach-Festschrift pág. 79. Defiende también este el doble criterio *Roeder*, Sozialadäquates Risiko pág. 51, quien, sin embargo, ante el cumplimiento del cuidado debido acepta la existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad (pág. 94). De otra opinión, *Triffterer*, Allg. Teil pág. 302, quien considera sólo como decisiva la infracción subjetiva del deber. La definición de imprudencia en el § 6 I österr. StGB descansa inequívocamente sobre este doble criterio.

[83] Vid. BGE 69 (1943) IV 231; *Frey*, Schweiz. Juristenvereins-Festschrift págs. 34 ss.; *Donatsch*, Sorgfaltsbemessung págs. 53, 92 ss.; *Graven*, Infraction pénale págs. 21 ss.; *Schwander*, Das schweiz. StGB pág. 94; *Walder*, ZBJV 104 (1968) págs. 169 ss., 184 ss. Crítico, sin embargo, *Schultz*, SchwZStr 83 (1967) pág. 319. A favor de la fijación individualizada del deber de cuidado ya en el marco del examen del injusto, *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 40 ss.; *Rehberg*, Strafrecht I pág. 196; *Noll/Trechsel*, Allg. Teil I pág. 238. Por el contrario, *Schultz*, Einführung I págs. 202 ss., trata tanto el aspecto objetivo como el subjetivo de la imprudencia en el ámbito de la culpabilidad. El art. 18 III schweiz. StGB define la imprudencia como forma leve de culpabilidad.

[84] Vid. *Binavince*, Fahrlässigkeit págs. 227 ss.

[85] Vid. *Bouzat*, Traité Tomo I págs. 195 ss.; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núms. 232 ss.; *Jeandidier*, Droit pénal général núm. 334. No obstante, de modo similar a como

prudencia se inclina hacia una posición extensiva y rigurosa sobre la base de la identidad entre la imprudencia de Derecho civil y la del Derecho penal[86]. Hasta ahora la doctrina *italiana* ha tomado igualmente por base en la imprudencia tanto un criterio objetivo como subjetivo, pero situándolos por completo en la culpabilidad; sin embargo, la nueva dogmática también comienza a imponerse en Italia[87]. Lo mismo puede decirse del estado actual de la doctrina *española*[88]. La originalidad del Derecho español reside en su art. 565 C.p. que contiene un tipo general para la imprudencia[89] [90]. También en *Holanda* se discute el componente objetivo y subjetivo de la imprudencia bajo el concepto superior de la culpabilidad, con lo que surgen los mismos problemas que en la doctrina alemana[91]. La doctrina *belga* siguió anteriormente a la francesa[92], pero ahora diferencia claramente entre la norma de cuidado objetivamente vigente y la actitud psíquica del autor[93]. En el Derecho penal *anglo-americano* la imprudencia simple no basta para fundamentar el castigo, exigiéndose un mayor grado de negligencia que para la acción ilícita en Derecho civil al que se denomina "criminal culpable" o "gross negligence", de modo que la res-

---

lo hace la moderna doctrina alemana, *Merle/Vitu,* Traité I núm. 577. El Código penal de 1994, al igual que su predecesor, tampoco contiene una definición general de la imprudencia, pero en el art. 121-3 cita la consciente puesta en peligro de otro ("mise en danger délibérée de la personne d'autrui"), junto con la "imprudence" y la "négligence", como grado intermedio entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Sobre la cuestión vid. *Pradel,* Rev dr pén crim 73 (1993) págs. 928 ss.; *el mismo,* Le nouveau Code pénal núms. 46 ss.

[86] Vid. los ejemplos citados por *Jescheck,* Fahrlässigkeit págs. 14 ss., 19, 24; además, *Jeandidier,* Droit pénal général núm. 335 (promoción de la "diligencia extrema"); *Dieckmann,* Das fahrlässige Erfolgsdelikt im französischen Strafrecht págs. 72 ss.

[87] Vid. *Bettiol/Pettoello Mantovani,* Diritto penale págs. 518 ss.; *Nuvolone,* Sistema págs. 278 ss. Siguiendo ya la reciente dogmática alemana *Fiandaca/Musco,* Diritto penale págs. 403, 415; *Mantovani,* Díritto penale págs. 338 ss.; *Forti,* Colpa ed evento págs. 179 ss.; *Romano,* Commentario art. 43 C.p. núms. 51 ss. El art. 43 C.p. sólo menciona la "negligenza", la "imprudenza" y la "imperizia", pero no suministra una definición de imprudencia.

[88] Vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,* Derecho penal págs. 472 ss. No obstante, la influencia de la moderna doctrina aleman no se hace sentir; vid. *Nuñez Barbero,* El delito culposo págs. 102 ss.; *Torío López,* Anuario 1974, págs. 49 ss.; *Mir* Puig, Adiciones Tomo II págs. 790 ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón,* Derecho penal págs. 473 ss.

[89] Vid. *Córdoba Roda,* ZStW 81 (1969) págs. 429 ss.

[90] El Código penal de 1995, sin embargo, ha implantado el sistema de *numerus clausus* en la punición de la imprudencia, vid. *supra* § 54 I 5 nota a pie núm. 29 (N del T).

[91] Vid. *van Bemmelen/van Veen,* Ons strafrecht págs. 139 ss.; *Pompe,* Das niederländische Strafrecht págs. 82 ss. Llevando a cabo una profunda exposición de la jurisprudencia sobre este aspecto, *Hazewinkel-Suringa/Remmelink,* Inleiding págs. 228 ss.

[92] Vid. *Cornil,* ZfRV 1964, pág. 35.

[93] Vid. *Dupont/Verstraeten,* Handboek núm. 443; *Hennau/Verhaegen,* Droit pénal général núm. 381.

ponsabilidad criminal está notablemente restringida[94]. El Derecho *brasileño* menciona la imprudencia sin definirla en el art. 18 II C.p., mientras que la doctrina se adhiere a la nueva dogmática alemana[95].

§ 55 El tipo de injusto del delito imprudente

Baumann, Schuld und Verantwortung, JZ 1962, pág. 41; *Bindokat,* Verursachung durch Fahrlässigkeit, JuS 1985, pág. 32; *Bockelmann,* Das Strafrecht des Arztes, en: Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 3.ª ed. 1967, pág. 1; *Bohnert,* Fahrlässigkeitsvorwurf und Sondernorm, JR 1982, pág. 6; *Brammsen,* Erfolgszurechnung bei unterlassener Gefahrminderung durch einen Garanten, MDR 1989, pág. 123; *Burgstaller,* Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten usw., Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 357; v. *Caemmerer,* Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Gesammelte Schriften, Tomo I, 1968, pág. 411; *Deutsch,* Fahrlässlgkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963; *Ebert,* Kausalität und obicktive Zurechnung, Jura 1979, pág. 561; *Engelmann,* Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld (Sonderdruck aus Festschrift für L. Traeger), 1926; *Ebert,* Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991; *Exner,* Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 569; *Freund,* Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992; *P. Frisch,* Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973; *W. Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *Gallas,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten, 1963; *Gimbernat Ordeig,* Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen usw., Diss. Hamburg 1962; *Hall,* Über die Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1964, pág. 213; *Hanau,* Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971; *Henkel,* Anmerkung zu OLG Stuttgart vom 17.2.1956, NJW 1956, pág. 1451; *v. Hippel,* Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDA, Tomo III, 1908, pág. 373; *Hirsch,* Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift für die Universität Köln, 1988, pág. 399; *Jakobs,* Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 307; *Jescheck,* Verhütung von Straftaten gegen das

---

[94] Acerca del Derecho inglés vid. *Grünhut,* Das englische Strafrecht págs. 195 ss.; *Kenny/Turner,* Outlines pág. 38 con jurisprudencia en nota a pie núm. 3; *Smith/Hogan,* Criminal Law págs. 69, 93. La Law Commission define varios grados de imprudencia en la cláusula 22, págs. 183 ss.; al respecto, Report págs. 67 ss. En relación con el Derecho norteamericano *Honig,* Das amerikanische Strafrecht págs. 114 ss. con referencias; *LaFave/Scott,* Substantive Criminal Law I págs. 329 ss.; *Caspari,* Die Fahrlässlgkeit im amerikanischen Strafrecht, 1972; además, *Jescheck,* Fahrlässlgkeit págs. 15, 19 ss.

[95] *Fragoso,* Lições págs. 228 ss. (definición en pág. 229); *de Jesus,* Comentários, art. 18 comentario núm. 2 a; *da Costa jr.,* Comentários, art. 18 comentario núm. IV 3.

Leben und die Körperintegrität durch Fahrlässigkeit, MSchrKrim (Sonderheft zum IV. Congrès International de Défense Sociale) 1956, pág. 38; *Kahlo,* Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen, GA 1987, pág. 66; *Kahrs,* Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968; *Kaminski,* Der objektive Maßstab im Tatbetsand des Fahrlässigkeitsdelikts, 1992; *Kamps,* Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtilches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981; *Arthur Kaufmann,* Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 200; *el mismo,* Kritisches zur Risikoerhöhungslehre, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 273; *Kienapfel,* Die Fahrlässigkeit usw., Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, pág. 1; *Kindhäuser,* Anmerkung zu OLG Karlsruhe vom 20.11.1984, JR 1985, pág. 480; *Kirschbaum,* Der Vertrauensschutz im deutschen Stralenverkehrsrecht, 1980; *Krümpelmann,* Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 443; *el mismo,* Zur Kritik der Lehre vom Risikovergleich usw., GA 1984, pág. 491; *el mismo,* Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg usw., Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 313; *el mismo,* Zurechnungsfragen bei mißlungener ärztlicher Fehlerkorrektur, JR 1989, pág. 353; *Kühl,* Anmerkung zu BGH 32, 228, JR 1983, pág. 32; *Küper,* Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 247; *Küpper,* Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Kuhlen,* Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *el mismo,* Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, 347; *Lampe,* Tat und Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte, ZStW 101 (1989) pág. 1; *Lenckner,* Technische Normen und Fahrlässlgkeit, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 490; *Mannheim,* Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht, Diss. Königsberg 1912; *Maurach,* Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit? GA 1960, pág. 97; *Mir Puig,* Die "ex ante"-Betrachtung im Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 337; *Mittasch,* Der Nachweis der Ursächilchkeit beim fehlerhaften Risiko, DRechtsw 8 (1943) pág. 46; *Mühlhaus,* Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre, 1967; *Münzberg,* Verhalten und Erfolg als Grund der Rechtswidrlgkeit und Haftung, 1966; *Neumann,* Zurechnung und "Vorverschulden", 1985; *Niewenhuis,* Gefahr und Gefahrverwirklichung usw., 1984; *Nowakowski,* Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ 1958, págs. 335, 388; *Prittwitz,* Strafrecht und Risiko, 1993; *Puppe,* Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982, pág. 660; *la misma,* Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983) pág. 287; *la misma,* Anmerkung zu BGH 33, 61, JZ 1985, pág. 295; *la misma,* Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg usw., ZStW 99 (1987) pág. 595; *Radbruch,* Aussetzung, VDB, Tomo V, 1905, pág. 185; *Ranft,* Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, NJW 1984, pág. 1425; *Roxin,* Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962) pág. 411; *el mismo,* Literaturbericht, ZStW 78 (1966) pág. 214; *el mismo,* Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 133; *Rudolphi,* Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, pág. 549;

Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *Schaffstein,* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip usw., Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 169; *Schlüchter,* Zusammenhang zwischen Pflichtwidrlgkeit und Erfolg usw., JA 1984, pág. 673; *Schröder,* Anmerkung zu OLG Oldenburg vom 1.12.1970, NJW 1971, pág. 1143; *Schroeder/Kauffmann,* Sport und Recht, 1972; *Schünemann,* Die Regeln der Technik im Strafrecht, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 367; *Seebald,* Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, GA 1969, pág. 193; *Spendel,* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 183; *el mismo,* Conditio sine qua non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt, JuS 1964, pág. 14; *Stoll,* Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968; *Stratenwerth,* Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 383; *el mismo,* Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 227; *Struensee,* Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, pág. 53; *Toepel,* Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang, 1992; *Triffterer,* Die "objektive Voraussehbarkeit" usw., Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 201; *Ulsenheimer,* Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965; *el mismo,* Pflichtwidrigkeitszusammenhang und Vertrauensgrundsatz usw., Festschrift für W. Weissauer, 1986, pág. 164; *Volk,* Anscheinsbeweis und Fahrlässigkeit im Strafprozeß, GA 1973, pág. 161; *Walder,* Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93 (1977) pág. 113; *Wessels,* Anmerkung zu BGH 21, 59, JZ 1967, pág. 449; *Wilhelm,* Probleme der medizinischen Arbeitsteilung, Medizinrecht 1983, 45; *la misma,* Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin, 1984; *Wimmer,* Die Fahrlässigkeit beim Verletzungsdelikt, ZStW 70 (1958) pág. 196; *el mismo,* Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt, NJW 1958, pág. 521; *E. A. Wolff,* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung usw., 1981.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes del § 54

I. La infracción del deber objetivo de cuidado

1. Toda norma jurídica que declara punibles comportamientos imprudentes exige de cualquier persona el **empleo del cuidado objetivamente debido**[1] que resulta necesario para evitar la realización del tipo[2]. Sin embargo, por regla general los tipos penales imprudentes no dan información acerca de la clase y medida del cuidado aplicable. También en el *Derecho civil* el § 276 I 2 BGB contiene sólo

[1] Acerca de la tesis de *Schmidhäuser* sobre la existencia de "delitos imprudentes sin infracción del deber de cuidado" vid. *supra* § 54 I 4 nota a pie núm. 17.

[2] Acerca de la norma jurídica como pauta de comportamiento a seguir también en las reacciones no queridas, *Jakobs,* Welzel-Festschrift págs. 309 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 142; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 124.

la definición general de que actúa imprudentemente **"quien desatiende en el tráfico el cuidado necesario"**[3]. Decisivo resulta, según ello, lo que la comunidad entiende como diligencia y atención "*necesarias*" para evitar lesiones de bienes jurídicos y no lo que se deriva de una práctica real que puede ser negligente por mucho que se encuentre extendida en amplios círculos (por ejemplo, en la autopista el no respetar la distancia de seguridad o la continua utilización del carril de adelantamiento, BGH 16, 145 [151]; vid. también RG 39, 1 [4]). Esta fórmula del Derecho civil también puede ser acogida como norma básica del criterio objetivo de la imprudencia para completar los tipos de los *delitos* imprudentes[4].

2. a) El primer deber que se deriva del mandato general de cuidado consiste en **identificar** y valorar correctamente los **peligros** que acechan al bien jurídico protegido, pues todas las precauciones destinadas a evitar un daño dependen de la clase y medida del conocimiento del peligro amenazante. Se trata, pues, de un **"cuidado interno"** que *Binding* ha denominado como un "deber de examen preliminar"[5]. Éste consiste en la observación de las condiciones bajo las cuales tiene lugar la acción, en el cálculo de su evolución y de las posibles modificaciones de las circunstancias concomitantes, así como en la reflexión acerca de cómo puede desenvolverse y repercutir el riesgo identificado. Además, para el grado de atención que resulta necesario son especialmente importantes la *cercanía del peligro* y el *valor del bien jurídico expuesto al riesgo*.

Ejemplos: En la venta de cerillas a un niño hay que atender a su edad, a la credibilidad de actuar por encargo de sus padres y a las circunstancias domésticas (RG 76, 1 [3]). En la comunicación telefónica de los síntomas de una enfermedad grave el médico debe contar con el peligro para la vida que ello supone y no puede limitarse a un diagnóstico a distancia (BGH 7, 211 [213]). Ante la evidente desatención o la falta de percepción del riesgo por parte de personas debilitadas, con los niños y, bajo ciertas circunstancias, también con los jóvenes, el conductor de un automóvil debe estar advertido ante su paso repentino del borde de la calle a la carretera (BGH 3, 49 [51]; vid. también BGH 9, 92 [94]; OLG Hamburg VRS 57, pág. 187). En una travesía con obras el automovilista debe contar con que un trabajador desprevenido salga a la carretera (OLG Hamm VRS 58,

---

[3] Al respecto vid. *Larenz*, Schuldrecht Tomo I págs. 282 ss.; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil Tomo II págs. 1307 ss.

[4] *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 159 ss.; *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 203; *v. Hippel*, VDA Tomo III pág. 569; *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte pág. 15.

[5] *Binding*, Normen Tomo I págs. 499 ss., 530 ss., 546 ss.; *el mismo*, Die Schuld págs. 120 ss. Vid., además, *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 269 ss.; *Deutsch*, Fahrlässigkeit págs. 94 ss.; *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 30; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 127 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 668.

pág. 257). El conductor del vehículo sólo puede llevar consigo niños pequeños contando con la presencia de un acompañante (OLG Karlsruhe, Die Justiz 1976, pág. 435). Se exige una precaución especial en el comienzo de la maniobra de adelantamiento en la autopista (BGH 5, 271 [274]), en la ejecución de una maniobra marcha atrás (OLG Koblenz VRS 58, pág. 256), así como en el giro a la derecha para no poner en peligro a los ciclistas (OLG Köln VRS 59, pág. 425). En la zona de circulación de una gran empresa el automovilista debe contar con el descuido del personal que allí trabaja al atravesar un paso a nivel (OLG Karlsruhe VRS 56, pág. 345). En la demostración instructiva de disparos con munición explosiva se requiere una amplia y minuciosa precaución para evitar accidentes (BGH 20, 315 [320]).

b) El criterio a tener en cuenta en la atención que se exige al autor para la identificación del peligro es el de **"una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor"** (RGZ 126, 329 [331]; BGH 7, 307 [309 ss.]) y, en verdad, en la situación concreta en la que aquél se ha colocado. Esto significa que el tribunal debe indagar la peligrosidad de la situación y basar su decisión desde una perspectiva **"ex ante"**, esto es, con anterioridad al acaecimiento del daño (BGH VRS 5, pág. 368; GA 1969, pág. 246; OLG Köln NJW 1963, pág. 2382)[6]. En el enjuiciamiento de la identificación objetiva del peligro hay que tener también en cuenta los *especiales conocimientos causales del autor* como, por ejemplo, el conocimiento del profesor de que su alumno al que le da una bofetada es hemofílico (BGH 14, 52 [54]), el del conductor acerca de la peligrosidad de un cruce (OLG Braunschweig VRS 13, pág. 286) o del hecho de que a una hora determinada los colegiales salen atropelladamente de un edificio (vid. al respecto *supra* § 28 III 2)[7].

---

[6] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Larenz,* Schuldrecht Tomo I pág. 285; *Blei,* Allg. Teil págs. 300 ss.; *Bockelmann,* Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 220 nota a pie núm. 27; *Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 31 ss.; *Deutsch,* Fahrlässigkeit págs. 128 ss.; *Engisch,* Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 283 ss., 334 ss.; *Gallas,* Beiträge págs. 53 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 17 núms. 25 ss.; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 150 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núms. 135 ss.; *Lackner,* § 15 núm. 37; *Kaminski,* Der objektive Maßstab págs. 121 ss.; *Nowakowski,* JBl 1972, págs. 31 ss.; *Welzel,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte págs. 24 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 669; *Zielinski,* Handlungs— und Erfolgsunwert págs. 168 ss. Acerca de la consideración "ex ante" vid también *Mir Puig,* Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 341 ss. Acerca del criterio individual-subjetivo de *Stratenwerth* y otros vid. *supra* § 54 I 3 nota a pie núm. 13.

[7] Así, acertadamente, *Welzel,* Lehrbuch pág. 132; *Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 64 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 139; *Wessels,* Allg. Teil núm. 670. Según *Struensee,* JZ 1987, págs. 57 ss., en los delitos imprudentes el momento final reside en los "conocimientos especiales".

Ejemplos: De acuerdo con lo dicho hay que atender al patrimonio de conocimientos del "automovilista concienzudo" en el tráfico de la autopista (BGH 16, 145 [161]), del "ciclista reflexivo" en la competición de Nürburg (BGHZ 5, 318 [320]), del "conductor consciente y responsable de un camión pesado" antes de su entrada en una larga pendiente (BGH 7, 307 [309]), del "terapeuta concienzudo que no es médico" y que se encuentra frente a un peligroso cuadro clínico (RG 67, 12 [23]), del "oficial al que se le encomienda el mando ejecutivo" en prácticas de tiro (BGH 20, 315 [319]), del "experimentado médico especialista" (BGH JZ 1987, pág. 879). Vid., además, la rica casuística contenida en *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núms. 206 ss. y en *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 195 ss.

Sin embargo, no pueden plantearse exigencias desorbitadas (RGZ 169, 215)[8] puesto que a la vida cotidiana también le es inherente un cierto nivel de riesgo (vid. *supra* § 25 IV 1). Solamente es contrario al cuidado necesario la *superación del riesgo permitido* tal y como la doctrina mayoritaria describe el límite del cuidado objetivamente impuesto en la situación concreta[9]. Si una acción dañina se mantiene dentro de este marco entonces faltará la inobservancia del cuidado como elemento del tipo.

Ejemplos: El conductor no tiene por qué contar con un fallo mecánico extraordinario y difícilmente identificable en su camión-remolque (BGH 12, 75 [80]), pero sí debe hacerlo el espectador de un teatro que deja su pistola cargada y sin seguro en el bolsillo de su abrigo que deposita en el guardarropa y que puede ser disparada por otro de forma descuidada (RG 34, 91 [94]). Se va demasiado lejos si se exige que el conductor de un camión, que ha sido retenido por la policía a causa de un defecto en la iluminación de su vehículo, no pueda confiar en que los funcionarios mantengan encendidas sus luces de seguridad hasta que se localiza la ayuda necesaria (BGH 4, 360 [363]); y lo mismo sucede cuando se condena por homicidio imprudente al constructor de una vivienda expuesta al riesgo de incendio si uno de sus habitantes muere a consecuencia del fuego que dolosamente ha sido provocado por otro (RG 61, 318). El automovilista no tiene por qué contar con que los peatones que transitan por un extremo de la calle y que ya le habían visto, atraviesen repentinamente la vía (BayObLG VRS 52, 371; 55, 183), ni

---

[8] *v. Bar,* Gesetz und Schuld Tomo II págs. 456 ss.; *v. Hippel,* VDA Tomo III pág. 570; *Larenz,* Schuldrecht Tomo I pág. 283; *Mannheim,* Fahrlässigkeit pág. 44; *Walder,* ZBJV 104 (1968) pág. 171; *Wessels,* Allg. Teil núm. 670.

[9] Así, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 161; *Engisch,* DJT-Festschrift págs. 41 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 9/7; *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núm. 11; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 94 antes del § 32; *Welzel,* Lehrbuch pág. 132. No obstante, con acierto mantiene *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 32 antes del § 32, que el concepto del riesgo permitido en este contexto es sistemáticamente prescindible (lo que no sucede *supra* § 36, donde el riesgo permitido se presenta como un principio estructural común de determinadas causas de justificación).

el titular de un automóvil con el hecho de que un conductor conocido suyo haya sido entretanto privado de su permiso de conducir (BayObLG VRS 54, pág. 204).

3. De la identificación del peligro se deriva el deber de desarrollar un comportamiento externo adecuado, con la finalidad de evitar así el acaecimiento del resultado típico **("cuidado exterior")**[10].

a) En el supuesto más sencillo el deber de cuidado consiste en tener que abstenerse de una acción que es adecuada para la realización del tipo que describe el delito imprudente **(cuidado como omisión de acciones peligrosas)**[11].

Ejemplos: Si, a pesar de la desinfección, determinadas materias primas no han dejado de ser peligrosas su utilización no debe tener lugar (RG 63, 211 [214]). Ante el progresivo agravamiento del cuadro clínico el autor que emplea el tratamiento de la "curación mediante rezos" debe abstenerse de seguir aplicándolo (RG 50, 37 [42]). Nadie puede acordar con una persona ebria la celebración de una carrera de motos (BGH 7, 112 [115]). Las acciones que a causa de su peligrosidad están prohibidas con carácter general contienen los tipos de los delitos contra la seguridad del tráfico (§§ 315 ss.).

Un supuesto especial de infracción del deber de omisión viene determinado por la "*culpabilidad por asunción*"[12]. Una contrariedad objetiva al deber puede residir ya en el caso en el que alguien, a pesar de carecer de conocimientos en la materia, lleva a cabo o asume una acción que podría ser confiada sin mayor problema a alguien experimentado (vid. RG 59, 355 [356]; 67, 12 [20] en relación con naturópatas no habilitados; BGH VRS 5, 477, sobre un automovilista extremadamente cansado; OLG Hamm VRS 25, 455, acerca de un principiante en la conducción ante condiciones de circulación especialmente difíciles; BGH JR 1986, 248 [250] y NJW 1984, 655 [657] relativas a médicos que están comenzando a aprender su especialidad; BGH 10, 133 [134] en relación con el comerciante que vende publicaciones peligrosas para los jóvenes; BGH NJW [en materia civil] relativa a un médico asistente en formación que lleva a cabo por sí sólo una operación difícil).

---

[10] Vid. *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 273 ss. El hecho de que el "cuidado exterior" sea sólo consencuencia del "interior", tal y como objeta *Jakobs*, Studien págs. 62 ss., queda fuera de toda duda pero ello no dice nada en contra del valor de la distinción.

[11] Vid. *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 283 ss.; *Nowakowski*, JZ 1958, pág. 337.

[12] Al respecto vid., más detalladamente, *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 211; *Jakobs*, Allg. Teil 9/14; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 43 núms. 62 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núms. 34 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 15 núm. 16; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 141 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 17 núm. 35; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1105; *Neumann*, Zurechnung pág. 186; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 271; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 198; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 444; *Wessels*, Allg. Teil núm. 6680.

b) Más frecuente es, sin embargo, el caso en el que la acción peligrosa puede ser llevada a cabo por sí misma porque, a causa de su utilidad social en la vida de la sociedad moderna, no puede prescindirse de ella; así sucede con el empleo de medios veloces de transporte, la utilización de máquinas peligrosas en la industria, el uso de medicamentos tóxicos en la medicina, el uso de pistas de ski donde se permite una velocidad alta a personas experimentadas (vid. *infra* § 55 I 3d nota a pie núm. 15). El deber de cuidado consiste aquí en emplear, con ocasión de la ejecución de la acción, todas las *medidas necesarias de precaución, control y supervisión* para eliminar así el riesgo vinculado a aquélla o, al menos, para mantenerlo dentro de sus límites **(cuidado como actuación precavida en situaciones de peligro)**[13]. Cuanto más grande es el valor social de la acción llevada a cabo por el autor mayores son los peligros que pueden ser asumidos en la ejecución de la acción (por ejemplo, en la navegación espacial, en los experimentos médicos autorizados sobre personas o en la utilización pacífica de la energía atómica).

Ejemplos: El médico debe emplear métodos de tratamiento cuya especial eficacia está reconocida, aunque su uso se desvíe de su propia opinión profesional (RG 74, 60; BGH NJW 1960, pág. 2253). Posee, además, el deber de controlar la transmisión correcta de sus órdenes (BGH 3, 91 [96]; 6, 282 [286]) y un deber de vigilancia y supervisión sobre el personal nuevo o el carente de formación (BGH NJW 1955, pág. 1488). Rigen deberes especiales de precaución sobre el conductor que sale marcha atrás de los inmuebles (BGH 2, 226 [229]), que gira a la izquierda para acceder a los mismos (BGH 15, 178 [182 ss.]) y en el estacionamiento de los vehículos en la montaña (BGH 17, 181 [185]). El esquiador debe conocer y respetar las reglas de prevención de accidentes de la Federación Internacional de Ski (FIS).

c) El cuidado necesario puede consistir, además, en el cumplimiento de *deberes de preparación e información* antes de la ejecución de la acción peligrosa **(cuidado como cumplimiento de un deber de información)**[14]. Aquí se trata de que el autor se procura a tiempo los conocimientos, experiencias y capacidades sin los cuales la realización de la acción sería una irresponsabilidad a causa del riesgo vinculado con ella. Los deberes a tener en cuenta varían en función de su clase y extensión. Puede tratarse tanto de un examen rápido del caso concreto (por ejemplo, la elevación de una historia clínica, BGH 21, 59) como también de una permanente formación especializada. El deber de información puede consistir

[13] Vid. *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 290 ss.; *Wimmer*, ZStW 70 (1958) págs. 214 ss.; suministrando jurisprudencia relativa a accidentes de ski, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núms. 221 ss.

[14] *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 306 ss.; *Binding*, Normen Tomo IV pág. 501; *Engelmann*, Rechtsbeachtungspflicht págs. 37 ss.

especialmente en comprender el alcance de disposiciones jurídicas y otras normas de comportamiento impuestas para una actividad determinada.

Ejemplos: El obligado tributario debe asesorarse profesionalmente para conocer el alcance de su deber impositivo (RG 57, 329; 59, 53 [54]; 61, 259 [263]). El comerciante de metales viejos debe enterarse del origen del hierro vendido ante la sospecha de una denuncia (RG 60, 349 [350] acerca del § 18 UnedMG [derogado]). El médico debe atender a los avances de la medicina y al desarrollo de los medicamentos (RG 64, 263 [269]; 67, 12 [23]). Las partes del proceso deben preparar sus declaraciones ante el tribunal para poder corregir a tiempo una imagen falsa del recuerdo (RG 62, 126 [23]). El conductor debe informarse acerca de todas las disposiciones del Derecho vial que pueden ser decisivas para él; ello rige sobre todo para los viajes en el extranjero.

d) El deber de atender el cuidado exterior se deriva, ante todo, de la regla general consistente en que cualquiera tiene que comportarse de modo que evite la lesión de los intereses protegidos de los demás. Se exige, por tanto, el comportamiento impeditivo del daño que se adapta a la situación que corresponda (vid., verbigracia, en relación con la práctica del ski OLG Köln NJW 1962, pág. 1110; OLG Karlsruhe NJW 1964, pág. 55)[15]. En distintos ámbitos de la vida las normas de cuidado han sido determinadas detalladamente. Esto rige especialmente para el tráfico viario donde la StVO y la StVZO contienen los resultados de la larga experiencia en la lucha contra los riesgos derivados del tráfico de vehículos (BGH 12, 75 [78]). Una regla complementaria de origen consuetudinario que rige el tráfico viario es el principio de confianza[16]. En otros ámbitos las reglas de cuidado están contenidas en reglamentos de policía, regímenes interiores de empresas o en las disposiciones de las asociaciones dirigidas la prevención de accidentes de trabajo[17]. Asimismo, para el tratamiento de enfermedades rigen reglas de general reconocimiento[18].

---

[15] Acerca de las normas consuetudinarias para el deporte de ski vid. *Lossos, Pichler, Padrutt*, en: *Schroeder/Kaufmann*, Sport und Recht págs. 57 ss., 83 ss., 100 ss.; vid., además, las reglas de la Federación Internacional de Ski (pág. 264) (vid. *supra* § 55 I 3b).

[16] De acuerdo con ella, el conductor que circula correctamente no tiene por qué contar con el comportamiento infractor de otras personas implicadas en el tráfico viario, en tanto que lo contrario no resulte evidente o pueda esperarse conforme a las reglas de la experiencia (BGH 7, 118 [121 ss.]; vid. al respecto, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núms. 211 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 7/51 ss.; *SK [Samson]* § 16 anexo núm. 21; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 168 ss.; *Kirschbaum*, Der Vertrauensschutz, 1980; *Kühl*, Allg. Teil § 17 núms. 36 ss.; *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núms. 21 ss.).

[17] Vid. *Bohnert*, JR 1982, págs. 6 ss.; *Gallas*, Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten pág. 36; *Jescheck*, MschrKrim 1956, págs. 46 ss.; *Lackner*, § 15 núm. 39. Acerca de las normas técnicas (DIN-, VDE-, VDI-Normen) vid. *Lenckner*, Engisch-Festschrift págs. 492 ss.

[18] Sobre ello vid. *Bockelmann*, Das Strafrecht des Arztes págs. 39 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 219.

Ciertamente, la infracción de *normas especiales* no supone en todos los casos que el autor haya actuado imprudentemente (RG 56, 343 [349]; 76, 1 [2]; BGH MDR 1951, pág. 274), pero la contravención de disposiciones vinculantes constituye desde luego un "indicio probatorio" a favor de la existencia de una infracción del deber de cuidado (RG 67, 12 [21]; BGH 4, 182 [185])[19]. De otro lado, la observancia de las disposiciones existentes no es siempre suficiente cuando la especialidad de la situación exige más de lo previsto por la norma (RG 59, 341 [342]; 77, 28 [31]). Y así, el § 1 II StVO modifica, en su caso, cualesquiera otras reglas vigentes en el Derecho de tráfico (vid. también el § 11 II StVO).

e) Al igual que en la identificación del peligro aquí también resulta aplicable el criterio del comportamiento de una persona concienzuda y juiciosa que pertenezca al ámbito del que procede el autor, bajo una consideración "ex ante" de la situación. En relación a la cuestión de *a quién* le corresponde la responsabilidad por el cumplimiento de un determinado deber de cuidado, es necesario atender al principio de la **división del trabajo** que modifica uno por uno los principios acerca de la responsabilidad por imprudencia de un único interviniente, y que hace posible una división sensata de las tareas ante la concurrencia de varias personas como, por ejemplo, entre el médico y el personal auxiliar (vid. BGH NJW 1955, 1487 [1488]; BGH 6, 282 [288]; OLG Hamm NJW 1969, pág. 2211)[20]. El superior debe escoger, guiar y supervisar cuidadosamente a sus colaboradores, pero también puede limitarse sólo a ello si no concurren puntos de apoyo visibles que denoten actuaciones fallidas. Por su parte, el subordinado debe confiar en la corrección de las indicaciones que se le suministran. Los médicos especialistas que intervienen en una operación pueden confiar esencialmente en el trabajo correcto de todos los colegas intervinientes (BGH NJW 1980, 649 [650]).

II. Acaecimiento, causación y previsibilidad del resultado

1. El advenimiento del resultado típico pertenece también al tipo del delito de resultado imprudente que, al igual que en los delitos dolosos, puede ser un *resultado de lesión* o un *resultado de peligro concreto* (vid. *supra* § 26 II 2).

---

[19] Vid., más detalladamente, *Volk*, GA 1973, págs. 170 ss.; *Lenckner*, Engisch-Festschrift págs. 502 ss.; *Schünemann*, Lackner-Festschrift págs. 389 ss.; *Kuhlen*, Produkthaftung pág. 121.

[20] Vid. *Stratenwerth*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 393 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núms. 151 ss. Acerca del importantísimo problema de la división del trabajo en la medicina vid., especialmente, *Kamps*, Ärztliche Arbeitsteilung, 1981; *Wilhelm*, Arbeitsteilung in der Medizin, 1984; *los mismos*, Medizinrecht 1983, pág. 45.

Ejemplos: Son delitos de lesión imprudentes el homicidio imprudente (§ 222), lesiones corporales imprudentes (§ 230[21]), incendio imprudente (§ 309[22]). Delitos imprudentes de peligro concreto son la producción de un peligro de incendio (§ 310a[23]), el ocasionamiento de un peligro en la construcción (§ 323 IV[24]), el peligro grave contra el medio ambiente (§ 330a IV) y los distintos tipos de la puesta en peligro imprudente del tráfico viario (§§ 315 IV[25], V, 315a III, 315b IV, V, 315c III). Contienen delitos imprudentes de peligro abstracto: §§ 163, 316 II, 327 III y los §§ 3-6, 21 GjS (BGH 8, 80 [89]; 10, 133).

a) El contenido de injusto de la infracción del deber de cuidado no es ni incrementado ni disminuido por el acaecimiento o la ausencia del resultado; la acción sigue siendo inadecuada aún cuando no "sucede" nada y, como a menudo es sabido, constituye tan sólo una obra del azar si por medio de la imprudencia se mata o se lesiona a alguien o si, sencillamente, todo finaliza bien[26]. A pesar de este "*factor casual*"[27] no es correcto considerar el advenimiento del resultado como una condición objetiva de punibilidad[28], ni tampoco restarle importancia en atención a la antijuricidad de la imprudencia[29]. Por el contrario, la **acción y el resultado** están estrechamente vinculados el uno con el otro[30], pues por una parte existen los deberes de cuidado que tienen por finalidad evitar determinadas lesiones o peligros y, por otra, el peligro que se cierne sobre el objeto protegido de la acción determina la clase y medida de la actividad exigible; asimismo, la infracción del deber de cuidado debe haber repercutido precisamente sobre el resultado acaecido (vid. *infra* § 55 II 3) y este último haber sido previsible en el momento de la acción; finalmente, por medio del resultado no sólo se determina si se castiga al autor, sino también a causa de qué y en qué medida debe hacerse[31]. El "resto de la

[21] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

[22] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306d (N del T).

[23] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306f (N del T).

[24] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 319 IV (N del T).

[25] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 315 V (N del T).

[26] Vid. *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 341 ss.

[27] Vid. *Exner*, Fahrlässigkeit pág. 83; *Radbruch*, VDB Tomo V pág. 201 nota a pie núm. 2; *Binavince*, Die vier Momente págs. 203 ss.; *Donatsch*, Sorgfaltsbemessung págs. 49 ss.

[28] Acerca de las teorías que en los delitos imprudentes pretenden comprender el resultado como una condición objetiva de punibilidad vid. *supra* § 54 I 4 nota a pie núm. 18.

[29] Así, sin embargo, *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte pág. 21; *el mismo*, Lehrbuch pág. 136.

[30] Vid. *Donatsch*, Sorgfaltsbemessung pág. 50 con referencias adicionales.

[31] De ahí que, de ninguna manera, el resultado posea una función meramente limitadora de la punibilidad; vid. *Krauß*, ZStW 76 (1964) págs. 61 ss.

responsabilidad por el resultado" que sigue perviviendo en el injusto de resultado del hecho imprudente sólo consiste en que quien ha tenido suerte o es castigado más levemente o no lo es en absoluto, a pesar de que también le es imputable la infracción del cuidado objetivamente debido.

b) La comprensión de los *delitos imprudentes de peligro* es dificultada por el hecho de que se debe trabajar con un doble concepto de peligro[32]. Por una parte, la infracción del deber de cuidado exige que la acción haya comportado un peligro para el bien jurídico protegido de acuerdo con el criterio de un observador razonable y, por otra, el resultado consiste precisamente en que fue puesto en peligro un objeto de la acción determinado por medio de la infracción del cuidado. Ambos conceptos de peligro se diferencian en que hay que enjuiciar de modo *abstracto* la peligrosidad de la acción para verificar si, de acuerdo con su naturaleza, pudo haberse menoscabado el bien jurídico protegido; en cambio, la puesta en peligro del objeto de la acción debe ser comprobada de forma *concreta* para determinar si se ha alcanzado la zona de eficacia de la acción peligrosa.

Ejemplo: Está prohibido adelantar antes de un cambio de rasante y su realización se sanciona como infracción administrativa aunque no venga ningún vehículo en dirección contraria (§§ 5 II 1, 49 I núm. 5 StVO). Pero si esto último sucede entonces se alcanza la zona de eficacia del adelantamiento indebido y existe una puesta en peligro imprudente del tráfico viario (§ 315c I núm. 2b, III núm. 2) si el autor ha actuado, además, desconsideradamente y de forma gravemente contraria a las reglas del tráfico.

2. El resultado debe, asimismo, *haber sido provocado causalmente* por la acción del autor.

a) El primer presupuesto de la imputación objetiva es la **relación de causalidad** que se determina de acuerdo con las reglas generales de la teoría de las condiciones *(fórmula de la condición adecuada a las leyes de la naturaleza*, vid. *supra* § 28 II 4)[33].

b) Sin embargo, para la imputación del resultado no es suficiente con que éste no hubiera tenido lugar de haber estado ausente el comportamiento del autor sino que, más bien, el resultado sólo puede ser imputado al autor cuando aquél **ha tenido precisamente como presupuesto específico el carácter descuidado del comportamiento de éste**, puesto que el injusto de acción del autor imprudente reside sólo en la infracción del deber de cuidado.

---

[32] Vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 137; *Lackner*, Niderschriften Tomo IX págs. 333 ss.

[33] Vid. *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 43 núm. 81; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 159; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 23.

La especial relación de antijuricidad que con ello se exige no es otra cosa que la aplicación de la teoría de la imputación objetiva a los delitos imprudentes (vid. *supra* § 28 IV 4, 5). Dicha relación presupone dos cosas: la primera es que el resultado hubiera sido evitado con un comportamiento diligente y, la segunda, que la norma infringida por la acción descuidada esté destinada en el caso concreto precisamente a la evitación de un resultado de esa naturaleza[34].

aa) Hay que negar la relación de antijuricidad allí donde a pesar de que el resultado típico ha sido causado por el comportamiento del autor negligente, sin embargo, aquél hubiera sobrevenido de igual modo con una conducta diligente (**caso del comportamiento alternativo adecuado a Derecho,** vid. *supra* § 28 IV 5)[35].

Ejemplos: Un farmacéutico continúa suministrando en diversas ocasiones un medicamento tóxico sin la presentación de una nueva receta, lo que conduce a la muerte del paciente; existía sin embargo la probabilidad de que el médico que dispuso el tratamiento hubiera renovado la receta a petición de aquél al no existir un motivo externo por el que interrumpir la cura (RG 15, 151 [155]). Erróneamente, en la anestesia de una operación se utiliza cocaína en lugar de novocaína con lo que el paciente fallece; sin embargo, habría muerto igualmente aunque se hubiera utilizado la novocaína a causa de su hipersensibilidad a todo tipo de narcóticos (RG HRR 1926, núm. 2302). Un fabricante permite que se trabaje con pelo infectado de cabra china lo que conduce a la muerte de varias empleadas a consecuencia de una infección de carbunco; no obstante, con la desinfección no se habría excluido completamente el contagio (RG 63, 211 [213]). Un naturópata envía demasiado tarde a ser sometida a un tratamiento clínico a una paciente enferma de cáncer, de forma que ya no es posible un auxilio eficaz; sin embargo, probablemente tampoco se habría salvado con una operación a tiempo (RG 75, 324). El conductor de un camión adelanta a un ciclista dejando una distancia de seguridad demasiado pequeña por lo que cae bajo su remolque y muere; el accidente habría tenido también lugar con

---

[34] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. Lackner, § 15 núm. 41 (en relación con las opiniones discrepantes vid. el núm. 45); Niewenhuis, Gefahr pág. 7 con jurisprudencia; Wessels, Allg. Teil núm. 673.

[35] Así la doctrina mayoritaria; vid. *Blei*, Allg. Teil págs. 301 y ss.; *Bindokat*, JuS 1985, págs. 32 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 162; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 4 A núm. 65; *Kühl*, Allg. Teil § 17 núms. 47 ss.; *LK (11.ª)(Jescheck)* nota preliminar núm. 68 antes del § 13; *Roxin*, Allg. Teil I § 11 núm. 72; *Kienapfel*, Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, págs. 11 ss.; *Lackner*, § 15 núm. 42; *Oehler*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 238; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 99 antes del § 13; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 25; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1107; *Wessels*, Allg. Teil núm. 677; *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten pág. 299. De otra opinión, *Spendel*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 198. Crítico también *Ranft*, NJW 1984, pág. 1425. Acerca de la causalidad del comportamiento negligente vid. *Toepel*, Kausalität págs. 96 ss. Profundizando sobre todo ello *Küper*, Lackner-Festschrift págs. 249 ss.

una alta probabilidad aunque se hubiera circulado correctamente pues el ciclista estaba considerablemente embriagado (BGH 11, 1). Si un automovilista entra de modo gravemente contrario a las normas de tráfico en el lugar de un accidente provocando un nuevo siniestro y además ocasiona un tercer incidente en el que, de todos modos, no se habría dado cuenta de la existencia de un triángulo de emergencia, se le hace responsable por el primero que provoca pero no por el segundo (BayObLG JZ 1982, pág. 731). Vid., también BGH VRS 21, 341 (342); BGH 21, 59 (61); OLG Karlsruhe DAR 1984, pág. 19; OLG Hamm DAR 1963, pág. 245. Una exculpación del autor tampoco tiene lugar si el mismo resultado hubiera sido causado por un tercero (BGH 30, 228 [331 ss.] con comentario de *Puppe* JuS 1982, pág. 660 y de *Kühl*, JR 1983, pág. 32) y, naturalmente, tampoco cuando hubiera sido evitable con una conducción adecuada a la normativa (OLG Stuttgart Die Justiz 1985, pág. 407).

Sólo existen *dudas* en torno a la solución de estos supuestos cuando no puede ser aclarado con una probabilidad rayana en la certeza si el resultado hubiera sido evitable en el supuesto de que concurriera un comportamiento diligente. De acuerdo con la doctrina dominante[36], a la que también sigue la jurisprudencia (BGH 11, 1 [7]; 21, 59 [61]; 24, 31 [34]; 37, 106 [127]; BGH GA 1988, pág. 184; OLG Hamm DAR 1963, pág. 245; OLG Stuttgart 1963, 335; OLG Karlsruhe GA 1970, pág. 313), el acusado debe ser siempre absuelto si no puede ser probado con una probabilidad rayana en la certeza que el resultado hubiera sido evitable con una actuación adecuada (solución conforme a la fórmula "in dubio pro reo"). Por el contrario, la OLG Karlsruhe JR 1985, pág. 479, con comentario aprobatorio de *Kindhäuser*, también considera el incremento del riesgo como fundamento de la imputación. Según la OLG Oldenburg NJW 1971, pág. 631, con comentario crítico de *Schröder*, la imputación objetiva también debe ser negada cuando con un comportamiento conforme a deber se hubiera ocasionado un daño menor[37]. La *opinión contraria* afirma ya la imputación objetiva del resultado si,

[36] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 273; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 162; *Krümpelmann,* GA 1984, págs. 491ss.; *el mismo,* Bockelmann-Festschrift págs. 462 ss.; *Ebert,* Jura 1979, págs. 572 ss.; *Hirsch,* ZStW 94 (1982) págs. 251 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 173; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 27a; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 17e antes del § 13; *Jakobs,* Allg. Teil 7/103; *Niewenhuis,* Gefahr págs. 43 ss.; *Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten pág. 543; *Toepel,* Kausalität págs. 146 ss.; *Freund,* Erfolgsdelikt pág. 130; *Küpper,* Grenzen pág. 100; *Schlüchter,* JA 1984, pág. 676; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núms. 189 ss.; *Lampe,* ZStW 71 (1959) pág. 603; *el mismo,* ZStW 101 (1989) pág. 51; *Kahrs,* Das Vermeidbarkeitsprinzip pág. 268; *Oehler,* Eb. Schmidt-Festschrift pág. 239; *Ulsenheimer,* Pflichtwidrigkeit und Erfolg pág. 149; *el mismo,* JZ 1969, pág. 366; *el mismo,* Weissauer-Festschrift págs. 164 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 136; *Wessels,* Allg. Teil núm. 185.

[37] Sobre una línea correcta camina, por el contrario, la BayObLG VRS 19, 128, donde se acepta que el acaecimiento de un daño menor debe servir de base tanto para el beneficio como para su perjuicio.

posiblemente, una conducta adecuada hubiera conducido a evitar el resultado y lo contrario no era de esperar "según el parecer común de las personas"[38]. Debe seguirse, sin embargo, una *posición intermedia* según la cual la imputación objetiva del resultado es *ya* sostenible, pero *sólo entonces*, cuando la infracción del deber de cuidado que puede ser probada[39] trajo consigo, en contraste con el peligro normal, un considerable *incremento del riesgo para el objeto de la acción*; y ello porque también deben ser observados los correspondientes deberes de cuidado destinados a la evitación del resultado, aún cuando no es seguro si con su cumplimiento ello se conseguiría[40]. El principio "in dubio pro reo" sólo juega cuando subsiste la duda de si el comportamiento contrario al deber de cuidado ha supuesto un incremento sustancial del riesgo **(teoría del incremento del riesgo)**. La actuación peligrosa que ha sido causal para el resultado típico no puede permanecer impune por el mero hecho de que no pueda ser excluido con toda seguridad la hipótesis de que el resultado también habría tenido lugar con una intervención cuidadosa.

bb) La relación de antijuricidad falta, asimismo, cuando el resultado causado por la acción descuidada del autor se encuentra **fuera del ámbito de protección de la norma** (vid. *supra* § 28 IV 4)[41]. Aquí se trata de una limitación general

---

[38] Así, *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht pág. 201; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 229; *el mismo*, Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 282; *Spendel*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 190; *el mismo*, JuS 1964, pág. 17; aunque también *Hall*, Grünhut-Erinnerungsgabe págs. 229 ss.

[39] Exigiendo acertadamente la *comprobación* del incremento del riesgo, *Stratenwerth*, Gallas-Festschrift págs. 235 ss.

[40] Así, *Roxin*, ZStW 74 (1962) págs. 430 ss.; *el mismo*, Honig-Festschrift págs. 133 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 11 núms. 72 ss.; Siguiéndole, *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 139 ss.; *Kienapfel*, Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, pág. 11; *Wolter*, Objektive und personase Zurechnung págs. 334 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 43 núm. 106; *Puppe*, ZStW 95 (1983) págs. 293 ss.; *la misma*, ZStW 99 (1987) págs. 602 ss.; *Jescheck*, Fahrlässigkeit pág. 17; *Lackner*, § 15 núm. 44; *Otto*, JuS 1974, pág. 708; *Schaffstein*, Honig-Festschrift pág. 171; *Schünemann*, JA 1975, págs. 647 ss.; *Rudolphi*, JuS 1969, pág. 553; *Stratenwerth*, Gallas-Festschrift pág. 239; *Seebald*, GA 1969, pág. 213; *Wolff*, Kausalität pág. 27; *Brammsen*, MDR 1989, pág. 123; *Walder*, SchwZStr 93 (1977) pág. 160; *Kahlo*, GA 1987, págs. 74 ss. De acuerdo para el Derecho civil, *Hanau*, Kausalität págs. 130 ss. La jurisprudencia austríaca sigue también la teoría del incremento del riesgo vid. österr. OGH SSt 53 núm. 2 así como OLG Wien Zeitschrift für Verkehrsrecht 1985, pág. 138. En contra de la teoría del incremento del riesgo, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 163; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 537 ss.; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núm. 190; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko págs. 323 ss.; *Kuhlen*, GA 1994, pág. 354; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 172; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 27a. Diferenciando según los casos *Krümpelmann*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 331 ss., quien recurre a la "puesta en peligro" de la pretensión del ofendido a defender sus intereses.

[41] Tal y como reconoce unánimemente la doctrina; vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 164 ss.; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt pág. 96; *Lackner*, § 15 núm. 43; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I núm. 4 A

de la imputación objetiva que rige también tanto para la responsabilidad en la indemnización del daño[42] como para los delitos dolosos[43].

Ejemplos: Si dos ciclistas circulan uno detrás de otro en la oscuridad y sin luz, chocando el primero de ellos con otro ciclista que venía en sentido contrario, entonces el segundo de aquéllos no es responsable del accidente pues el deber de iluminación que le era exigible no tiene el sentido de iluminar *a otros* vehículos (RG 63, 392 [394])[44]. Asimismo, es irrelevante para el resultado el hecho de que un conductor, de haberse mantenido dentro del límite máximo de velocidad permitida, habría llegado al lugar del siniestro después de haber pasado ya por el mismo el accidentado, pues las limitaciones de velocidad no tienen por finalidad retrasar la llegada del conductor a un lugar determinado (BGH VRS 5, 284 [286]; VRS 20, 129 [131]; VRS 26, 203; OLG Hamm VRS 10, 459 [461]; OLG Stuttgart NJW 1959, pág. 351; incorrectamente, OLG Karlsruhe NJW 1958, pág. 430, y ahora nuevamente BGH 33, 61 [65] con comentario crítico de *Puppe*, JZ 1985, pág. 297, así como en ZStW 99 [1987] págs. 614 ss.). Si la muerte del paciente, a consecuencia de un fallo en la anestesia, sólo hubiera tenido lugar un poco más tarde caso de que el médico intervieniente hubiera recabado debidamente con anterioridad el consejo del internista, hay que negar la fundamentación del fallecimiento sobre la base de la infracción del cuidado debido al no tener éste el sentido de alargar la vida del paciente un corto espacio de tiempo (BGH 21, 59 [61] con comentario de *Wessels*, JZ 1968, pág. 449). La muerte de la víctima de un accidente ocurrida en el hospital a causa de un atragantamiento con la sopa no puede ser imputada al culpable del accidente (OLG Stuttgart NJW 1982, pág. 295). El deber de sobrepasar lentamente un autobús escolar no sirve para la protección de un adulto que descuidadamente invade la calzada (OLG Hamm VRS 60, pág. 38)[45]. Por el contrario, la muerte de una paciente en una segunda operación que en sí misma fue llevada a cabo correctamente pero cuya

---

núm. 65; *LK (11.ª)(Jescheck)* nota preliminar núm. 67 antes del § 13; *Hardwig*, JZ 1968, pág. 291; *Niewenhuis*, Gefahr págs. 130 ss.; *Roxin*, Gallas-Festschrift págs. 241 ss.; *el mismo*, Allg. Teil I § 11 núms. 68 ss.; *Schünemann*, GA 1985, págs. 358 ss.; *Rudolphi*, JuS 1969, págs. 552 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 64 antes del § 1; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 173; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 28; *Ulsenheimer*, JZ 1969, págs. 364 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 193. En contra de la imputación objetiva como categoría autónoma, *Hirsch*, Köln-Festschrift pág. 406; *Küpper*, Grenzen págs. 83 ss. Vid. también *Gimbernat* Ordeig, Inadäquate Handlungen págs. 133 ss.

[42] Vid. *v. Caemmerer*, Gesammelte Schriften Tomo I págs. 445 ss.; *Stoll*, Kausalzusammenhang págs. 13 ss.

[43] Vid. *Nowakowski*, JBl 1972, págs. 26, 31; *Münzberg*, Verhalten págs. 128 ss.

[44] Vid. al respecto, *Exner*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 585; *Roxin*, Allg. Teil I § 11 núm. 69.

[45] La delimitación de la responsabilidad por imprudencia a través del ámbito de protección de la norma pretende ser aplicada también por *Burgstaller*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 362 ss., a los casos en los que tiene lugar un posterior comportamiento incorrecto de la víctima o de un tercero. Asimismo, *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 70. Estos supuestos serán incluidos aquí dentro del requisito de la previsibilidad (vid. *infra* § 55 II 3 a.E.).

realización fue necesaria a consecuencia de un error médico cometido en la primera intervención, resulta abarcada por el fin de la norma infringida en esta última (BGH JR 1989, pág. 382 con comentario de *Krümpelmann,* JR 1989, págs. 353 ss.).

3. Finalmente, tanto el **resultado** en su configuración concreta como el **curso causal en sus rasgos esenciales** deben haber sido **previsibles**[46]. Si sólo fue previsible una lesión corporal y no la muerte, entonces resultará aplicable el § 230[47] a pesar de que el resultado mortal ha acaecido (RG 28, 273). Acción y resultado deben, pues, estar conectadas entre sí no sólo objetiva sino también subjetivamente, de modo que el autor que actúa conforme al deber de cuidado pueda reconocer qué resultado tendrá lugar y de qué forma se realizará éste. La cuestión de la previsibilidad es sencilla de contestar en la imprudencia *consciente* pues en ésta, al fin y al cabo, el autor ha reconocido el peligro a pesar de que contrariamente a deber ha confiado en que el resultado no sobrevendría (vid. OLG Stuttgart JuS 1977, pág. 52). Las dudas surgen, sin embargo, en la imprudencia *inconsciente* puesto que en ella o el autor no ha reconocido en absoluto el riesgo o, en cualquier caso, no se lo ha tomado en serio. Para la previsibilidad resulta también determinante un *criterio objetivo*[48] que atienda al patrimonio de conocimientos y a la capacidad para juzgar de una persona concienzuda y sensata perteneciente al círculo del autor, así como a los posibles conocimientos adicionales sobre el curso causal (en la BGH 12, 75 [80], el conductor tendría que haber conocido, por ejemplo, la rotura oculta del vehículo).

La *jurisprudencia* tiende a *extender ampliamente* la previsibilidad[49]. En realidad, para su afirmación debe bastar poder haber previsto *no el curso del suceso* como tal, pero *sí* el *resultado en su consecuencia final* a no ser que el acontecer se encontrara tan alejado de cualquier experiencia vital que incluso ante la aplicación del cuidado exigible nadie hubiera podido contar con ello (rechazo de la previsibilidad del curso causal sólo ante la ausencia de una relación causal adecuada) (RG 73, 239 [242]; 73, 370 [3731; BGH NJW 1956, pág. 1527; BGH VRS 28, 202 [206]; BayObLG VRS 62, pág. 368).

---

[46] *Bockelmann,* Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 206; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 132 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núms. 180 ss.; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 29; *Welzel,* Lehrbuch pág. 136; *Wessels,* Allg. Teil núm. 667; discrepando acerca de la posición sistemática *Triffterer,* Bockelmann-Festschrift pág. 221. Vid. al respecto la profunda y fundamentada BGH 23, 156 (165 ss.).

[47] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

[48] En relación con la doctrina que pretende configurar subjetivamente la previsibilidad vid. *supra* § 54 I 3 nota a pie núm. 13.

[49] De acuerdo, *Mühlhaus,* Fahrlässigkeit págs. 47 ss.; en contra, *Maurach,* GA 1960, pág. 97; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 43 núm. 130; *Blei,* Allg. Teil págs. 300 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 186; *Welzel,* Lehrbuch pág. 176.

Ejemplos: Debe ser *previsible* la muerte de alguien que sólo es alcanzado levemente por el lanzamiento de una piedra pero que padece hemofilia (RG 54, 349 [351]), el curso mortal de una conducción sin carnet que fue posible por el cierre inadecuado del vehículo (BGH VRS 20, 282), la muerte de una persona levemente herida en un accidente que fallece por una embolia a consecuencia de su elevada proclividad al padecimiento de trombosis (OLG Stuttgart NJW 1956, pág. 1451 con comentario crítico de *Henkel*), una hemorragia cerebral mortal derivada de la excitación producida por un accidente de tráfico (OLG Hamm VRS 26, 426), la muerte de un ciclista por una caída debida a la rigidez de la columna vertebral que padecía (BGH LM § 222 núm. 1), la muerte de una persona gravemente herida en cuyo tratamiento el médico posiblemente comete un error (OLG Stuttgart JZ 1980, 618 [620]). Fue *rechazada*, por el contrario, la previsibilidad de la muerte de la víctima de un accidente que fallece a consecuencia de una anestesia en sí misma inofensiva (OLG Hamm VRS 18, pág. 356), de la muerte a causa de un infarto provocado por un adelantamiento erróneo (OLG Stuttgart VRS 18, pág. 365), de la muerte de un enfermo de corazón debida a un choque frontal leve (OLG Karlsruhe JuS 1977, pág. 52), de la muerte de un herido en un accidente de autobús ocasionada por una concentración de agua en la autopista a consecuencia de la infracción del deber del personal de servicio (BGH 10, 121 [124]). También una actuación culpable, completamente inesperada, del ofendido o de una tercera persona puede excluir la previsibilidad del resultado (RG 73, 239 [242]; 73, 370 [3731; BGH NJW 1956, 1527; BGH VRS 28, 202 [206]; BayObLG VRS 62, 368)[50].

§ 56 Causas de justificación en el delito imprudente

Alwart, Der Begriff des Motlvbündels, GA 1983, pág. 433: *Baumann*, Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung, MDR 1957, pág. 646; *Becker*, Sportverletzung und Strafrecht, DJ 1938, pág. 1720; *Berz*, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, pág. 145; *Bickelhaupt*, Einwiligung in die Trunkenheitsfahrt, NJW 1967, pág. 713; *v. Caemmerer*, Handlungen des Deliktsrechts, Gesammelte Schriften, Tomo I, 1968, pág. 452; *Dach*, Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten, Diss. Mannheim 1979; *Engisch*, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift, Tomo I, 1960, pág. 401; *Ensthaler*, Einwilligung und Rechtsgutspreisgabe, Diss. Göttingen 1983; *Eser*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers usw., JZ 1978, pág. 368; *Frisch*, Grund-und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 113; *Geppert*, Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers usw., ZStW 83 (1971) pág. 947; *Hansen*, Die Einwilligung des Verletzten bei Fahrlässlgkeitstaten usw., Diss. Bonn 1963; *Himmelreich*

[50] Al respecto vid. *P. Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973.

Notwehr und unbewußte Fahrlässigkeit, 1971; *Jungclaussen,* Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt usw., 1987; *Larenz,* Lehrbuch des Schuldrechts, Tomo II, 12.ª ed. 1981; *Kienapfel,* Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; *Mahling,* Die strafrechtliche Behandlung von Sportverletzungen, Diss. Berlin 1940; *Nipperdey,* Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, pág. 1777; *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974; *Schild,* Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung usw., Jura 1982, págs. 464; *Eb. Schmidt,* Schlägermensur und Strafrecht, JZ 1954, pág. 369; *R. Schmitt,* Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeltdelikten? JuS 1963, pág. 64; *Stoll,* Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, pág. 137; *el mismo,* Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961; *Weber,* Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens-und Gesundheitsgefährdungen, Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 43; *Weimar,* Der "Rechtfertigungsgrund" des verkehrsrichtigen Verhaltens, JuS 1962, pág. 133; *Wiethölter,* Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, 1960; *Zipf,* Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970; *el mismo,* Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ 1977, pág. 379.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes de los §§ 54 y 55

I. La aplicabilidad de las causas de justificación a los delitos imprudentes

1. Con la realización del injusto de acción y de resultado del tipo delictivo se ha cumplido el tipo de injusto del delito imprudente de resultado. Al igual que en el hecho doloso con ello se suministra ya un "indicio" de la antijuricidad, esto es, hay que aceptar la concurrencia de ésta a no ser que excepcionalmente concurra una causa de justificación (vid. *supra* § 31 I 3). De acuerdo con una concepción generalizada y, nuevamente, del mismo modo que en el delito doloso, la **antijuricidad del hecho típico imprudente** puede quedar **excluida** por la presencia de **causas de justificación**[1]. No obstante, la diferencia estructural entre los tipos dolosos y los imprudentes también lleva consigo *especialidades* para las causas de justificación.

[1] Vid. BGH 25, 229; OLG Hamm NJW 1962, pág. 1169; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 166; *Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitdelikt pág. 150; *Dreher/Tröndle,* § 15 núm. 15; *Eser,* Strafrecht II núm. 21 A núm. 18; *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 49 antes del § 32; *Jakobs,* Allg. Teil 11/30; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 44 núm. 13; *Lackner,* § 15 núm. 48; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 92 antes del § 32; *Schaffstein,* Welzel-Festschrift pág. 562; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 31; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1112; *Schmldhäuser,* Allg. Teil págs. 292 ss.; *Schünemann,* JA 1975, pág. 787; *Welzel,* Lehrbuch págs. 137 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 691; *Jungclaussen,* Die subjektiven Rechtfertigungselemente págs. 175, 180.

2. Y así, por una parte, es dudoso que *todas* las causas de justificación sean aplicables también a los delitos imprudentes. En todo caso, habrá que negarlas en los supuestos en los que una acción que objetivamente es por sí misma incorrecta resulte aprobada por el Ordenamiento jurídico en atención a la finalidad perseguida, pues aquí al autor se le exige como mínimo un **examen concienzudo** de la situación y no puede estar justificada una acción que desde un principio resulta contraria al cuidado debido. Esto rige para determinadas acciones realizadas bajo el ejercicio de facultades públicas, para la salvaguardia de intereses legítimos y para la actuación con el consentimiento presunto del ofendido cuando finalmente no coinciden la voluntad real y la presunta (vid. *supra* § 31 IV 3).

3. Por otra parte, se discute si también hay que exigir **el elemento subjetivo de justificación** en los delitos imprudentes[2] o si, por el contrario, aquí basta con la existencia de los requisitos *objetivos* de la causa de justificación[3] (acerca de los elementos subjetivos de justificación vid. *supra* § 31 IV 1). Lo correcto es renunciar al elemento subjetivo de justificación en los delitos imprudentes de resultado pues, al igual que en los dolosos, por medio de la situación justificante decae el injusto de resultado pero, a diferencia de aquéllos, aquí el injusto de acción no es punible por sí mismo (no hay ninguna tentativa imprudente). En los delitos imprudentes *de actividad* el autor, sin embargo, debe haber actuado con la finalidad de ejercitar la facultad que le confiere la causa de justificación[4].

Ejemplos: Quien sospecha la agresión de un ladrón por medio de la simulación de un accidente y escapa de ella de forma que, en el último momento, atropella por descuido al agresor, no puede ser castigado en virtud del § 230[5] [6]. Quien, por el contrario, tras una tertulia donde ha bebido mucho alcohol conduce hasta el lugar del accidente sin reparar en su incapacidad para conducir (§ 316 II), sólo queda justificado en virtud del § 34 si quiere prestar ayuda (OLG Hamm VRS 20, 232).

---

[2] A favor de ello, *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 44 núm. 18; *Alwart,* GA 1983, pág. 455; *Jakobs,* Allg. Teil 11/30; *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núms. 95, 98; *Welzel,* Lehrbuch pág. 97; *Geppert,* ZStW 83 (1971) pág. 979; *Eser,* Strafrecht II núm. 21 A núm. 21b; *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 58 antes del § 32; *Zlelinski,* Handlungs— und Erfolgsunwert págs. 255 ss.

[3] Así, *R. Schmitt,* JuS 1963, pág. 68; *Schaffstein,* Welzel-Festschrift págs. 573 ss.; *Himmelreich,* Notwehr págs. 100 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1119.

[4] Así, acertadamente, *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núms. 98 ss. antes del § 32; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 1120 ss.; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 32; *Frisch,* Lackner-Festschrift págs. 130 ss.; de otra opinión, *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núm. 99.

[5] El ejemplo procede de *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1121.

[6] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

4. Finalmente, de la relación gradual entre el dolo y la imprudencia se deriva que el hecho descuidado está justificado **si finalmente también lo hubiera estado** ante una intervención dolosa.

Ejemplo: Quien en una situación de legítima defensa realiza un disparo de advertencia, también resulta justificado según el § 32 si a consecuencia de su realización mata por descuido al agresor, en la medida en que, de acuerdo con los hechos, también habría estado justificado un disparo dirigido al asaltante (BGH 25, 229)[7].

II. Legítima defensa, estado de necesidad justificante y consentimiento del ofendido en los hechos imprudentes

En los delitos imprudentes entran en juego como causas de justificación la legítima defensa, el estado de necesidad justificante y el consentimiento del ofendido.

1. De acuerdo con la concepción más generalizada la **legítima defensa** puede dar cobertura no sólo a la actuación dolosa, sino también a la imprudente, en la medida en que a través de la acción defensiva sólo resulte lesionado el agresor mismo y no un tercero no interviniente (como en el caso resuelto por la RG 58, 27). Presupuesto de la justificación es, ante todo, que la *acción* defensiva se mantenga dentro del marco de lo que según el § 32 resulta necesario y exigible. Si el *resultado* ocasionado va más allá de lo proyectado por el autor quedará amparado por la legítima defensa en dos supuestos: primero, cuando el defensor también hubiera podido llevar a cabo intencionadamente el resultado acaecido (BGH 25, 229: el agredido pudo lesionar al agresor en legítima defensa por medio de un disparo; se conformó sólo con un disparo de advertencia que equivocadamente fue a dar al agresor) y, segundo, cuando el resultado más amplio se debe al azar o a una reacción del agredido que, a la vista de la situación, no sea negligente (BayObLG NStZ 1988, pág. 408: alguien que resulta agredido por un hincha enfurecido del fútbol intenta darle un puñetazo en el pecho y, en lugar de éste, golpea la cabeza del agresor). Por otra parte, es perfectamente posible que alguien que se encuentra en una situación de legítima defensa actúe imprudentemente y sea punible por un delito de tal carácter como, por ejemplo, el disparo de advertencia (necesario de acuerdo con el § 32) que se hace apuntando tan bajo que muere uno de los agresores (RG JW 1925, pág. 962).

[7] Ejemplos adicionales pueden encontrarse en *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núm. 96 antes del § 32.

2. Para la justificación de una actuación imprudente entra en juego, además, el **estado de necesidad justificante** (§ 34)[8]. Por regla general se trata de contravenciones en materia de tráfico que por su naturaleza comportan peligros considerables para otros partícipes del tráfico viario. De ahí que aquí siempre haya que examinar si, a pesar del peligro para la circulación vial y la —por lo general— escasa ganancia de tiempo, prevalece *sustancialmente* el interés que el autor quiere salvaguardar sobre el interés en la preservación de la seguridad del tráfico (vid. *supra* § 33 IV 3c).

Ejemplos: El médico que, transportando con descuido a una paciente que se encontraba en peligro de muerte, sobrepasa el límite máximo de velocidad permitida en distintas poblaciones, actúa justificadamente si con ello no pone en peligro a otros partícipes del tráfico viario (OLG Düsseldorf VRS 30, pág. 444; OLG Schleswig VRS 30, pág. 462), lo que no sucede, sin embargo, cuando el médico que se encuentra en la misma situación toma de forma gravemente peligrosa una curva a la izquierda, provocando así un peligro considerable para el tráfico que circulaba en sentido contrario (OLG Stuttgart, Die Justiz 1963, pág. 37). Tampoco queda justificado por el estado de necesidad el sobrepasar en torno a 54 km/h la velocidad máxima permitida, para poder llevar al veterinario lo más rápidamente posible un "periquito que se encontraba en estado de coma" (OLG Düsseldorf NStZ 1990, pág. 396).

3. Finalmente, las acciones imprudentes también pueden estar justificadas por medio del **consentimiento** del ofendido o de su **voluntad presunta** (OLG Frankfurt MDR 1970, pág. 695)[9]. Al igual que en el delito doloso aquí también se atiende a que el bien jurídico puesto en peligro esté sometido a la facultad de disposición de quien consiente (vid. *supra* § 34 II 3). De ahí que carezca de eficacia jurídica el consentimiento que, por su propia naturaleza, se dirija contra la colectividad por medio de la puesta en peligro de la seguridad del tráfico de acuerdo con el § 315c (BGH 6, 232 [234]; 23, 261 [264])[10], o suponga la

[8] Vid. *Schaffstein,* Welzel-Festschrift págs. 574 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 101 antes del § 32; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 44 núms. 23 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núms. 97 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 691.

[9] Sobre ello vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 321 ss.; *Dreher/Tröndle,* § 226a núm. 5; *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 106 antes del § 32; *Lackner,* § 226a núm. 1; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 43 núm. 64; *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núm. 100; *Dach,* Einwilligung págs. 28 ss.; *Ensthaler,* Einwilligung págs. 47 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núms. 102, 106 antes del § 32; *Schaffstein,* Welzel-Festschrift págs. 565 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 97; *Zipf,* ÖJZ 1977, pág. 382. En relación con el consentimiento *Frisch,* Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 118 ss., pretende negar ya la presencia de la infracción del deber de cuidado y, con ella, de la tipicidad misma.

[10] Diferenciando según los casos, *Geppert,* ZStW 83 (1971) pág. 986. En el sentido del texto *Schaffstein,* Welzel-Festschrift pág. 574.

puesta en peligro de una *vida* individual que acaba finalmente con la muerte del ofendido (BGH 7, 112 [114]; BGH VRS 17, pág. 279; BayObLG NJW 1957, 1245 [1246]; OLG Hamburg VRS 35, pág. 201)[11]. Por el contrario, es admisible el consentimiento en una puesta en peligro imprudente que se mantiene dentro de los límites del § 226a, algo que sobre todo posee un significado práctico en el *tráfico viario* y en las *lesiones deportivas*.

Ejemplos: Si cuatro personas viajan en un ciclomotor que, de este modo, va considerablemente sobrecargado, se conforman con la posibilidad de que ocurra un accidente y las lesiones corporales acaecidas quedan justificadas por el consentimiento (BGH DAR 1959, pág. 300). El consentimiento alcanza la puesta en peligro; en cambio, apenas nadie quiere consentir en el *resultado lesivo* (BGHZ 34, 355 [360]; KG VRS 7, 184 [186]; OLG Celle NJW 1964, pág. 736)[12]. Quedan cubiertas por el consentimiento las lesiones imprudentes en el deporte que tienen lugar dentro del marco reglamentario (por ejemplo, una colisión en el campo de fútbol) e, incluso, leves e inintencionadas infracciones de las reglas[13]; no lo están, sin embargo, aquellas contravenciones dolosas o gravemente imprudentes que originan lesiones corporales (BayObLG NJW 1961, 2072 [2073]) ni tampoco la lesión producida a un espectador durante un intermedio del juego por medio de un balonazo imprudente que da un jugador enfadado (OLG Karlsruhe, Die Justiz 1981, pág. 444). Existe consentimiento presunto cuando el médico de urgencias, para salvarle la vida, opera a una persona inconsciente y gravemente herida en el mismo lugar del accidente y con medios insuficientes[14].

Actualmente, para el enjuiciamiento en Derecho civil de la "autopuesta en peligro" ya no se atiende al consentimiento sino una división adecuada del riesgo

---

[11] La cuestión es objeto de una acalorada discusión en la doctrina. En el mismo sentido del texto, *Bickelhaupt,* NJW 1967, pág. 713; *Geppert,* ZStW 83 (1971) págs. 953 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 43 núm. 65; *Zipf,* Einwilligung pág. 73. A favor de la estimación del consentimiento en la puesta en peligro de la vida, *Schaffstein,* Welzel-Festschrift págs. 570 ss.; *Berz,* GA 1969, pág. 148. Defendiendo una opinión intermedia *LK (11.ª) (Hirsch)* nota preliminar núm. 95 antes del § 32; *Schild,* Jura 1982, pág. 524; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 104 antes del § 32 (criterio del § 228); *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1116; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 33, quienes atienden a la gravedad del peligro y al motivo y finalidad de la acción; *Weber,* Baumann-Festschrift págs. 47 ss. Vid., también, BGH 7, 115; OLG Hamm MDR 1971, pág. 67.

[12] Por el contrario, *Eb. Schmidt,* JZ 1954, pág. 372, también relaciona el consentimiento que debe ser eficaz en los delitos imprudentes con la acción *y al resultado*; asimismo, *Geppert,* ZStW 83 (1971) pág. 974. En cambio, resulta más convincente en este punto la doctrina civilista; vid. *Stoll,* Handeln auf eigene Gefahr págs. 9 ss.

[13] Vid. *Eser,* JZ 1978, págs. 368 ss. (con diferentes graduaciones, pág. 371); *Becker,* DJ 1938, pág. 1721; *Mahling,* Sportverletzungen pág. 68; *Maurach/Schroeder/Maiwald,* Bes. Teil I § 8 núm. 15; *Kohlrausch/Lange,* § 226a comentario IV núm. 1; *LK (11.ª) (Hirsch)* § 226a núm. 12; *Schönke/Schröder/Stree,* § 226a núm. 16; *Welzel,* Lehrbuch pág. 96; *Zipf,* Einwilligung pág. 95.

[14] Al respecto, *Blei,* Allg. Teil pág. 300.

de acuerdo con los §§ 242, 254 BGB, de la que se deriva, según los casos, una exclusión o restricción de la responsabilidad de quien origina el daño (BGHZ 34, 355)[15].

III. Problemas especiales del riesgo permitido y del comportamiento adecuado a la seguridad del tráfico

1. En los delitos imprudentes **tampoco** se erige el **riesgo permitido** como causa de justificación especial (en relación con los delitos dolosos vid. *supra* § 36 I 1) (de otra opinión en la 3.ª ed. de esta obra, pág. 479). Los casos en los que, excepcionalmente, una infracción del deber de cuidado no es antijurídica han de ser clasificados dentro de las causas de justificación ya reconocidas, esto es, resueltos de acuerdo con los puntos de vista propios de la legítima defensa, del estado de necesidad y del consentimiento expreso o presunto[16]. En la doctrina también son caracterizadas como supuestos de riesgo permitido aquellas acciones que por su naturaleza son peligrosas, pero que pueden ser llevadas a cabo si se observa el cuidado necesario que determina su completa atipicidad (verbigracia, el conducir). Sin embargo, en estos supuestos no concurre en realidad ninguna infracción de la diligencia debida (vid. *supra* § 55 I 2b).

2. Lo mismo sucede con la concepción que mantiene que el **"comportamiento adecuado a la seguridad del tráfico"** constituye una causa de justificación en el tráfico viario y ferroviario (BGHZ 24, 21 [28])[17]. Este tipo de conductas no encuentran su correspondencia en una proposición permisiva que revoque el injusto típico de acción y de resultado del hecho imprudente. Suponen, más bien, la ausencia de una infracción del deber de cuidado y, con ésta, del propio injusto de acción del tipo imprudente[18].

---

[15] Básicamente sobre ello, *Stoll,* Das Handeln auf eigene Gefahr págs. 305 ss.; además, *Hansen,* Die Elnwilligung des Verletzten págs. 146 ss.

[16] Asimismo, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 321; *Blei,* Allg. Teil págs. 302 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 106; *Kienapfel,* Erlaubtes Risiko págs. 26 ss.; *Preuß,* Erlaubtes Risiko págs. 226 ss.; *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 33 antes del § 32; *Schönke/Schröder/Lenckner,* nota preliminar núm. 107b antes del § 32.

[17] De acuerdo, *Baumann,* MDR 1957, pág. 646; *Oehler,* Eb. Schmidt-Festschrift pág. 244. En contra, con razón, *Wessels,* Allg. Teil núm. 691.

[18] En el mismo sentido del texto se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *v. Caemmerer,* Gesammelte Schriften Tomo I pág. 551; *Engisch,* DJT-Festschrift Tomo I págs. 418 ss.; *Nipperdey,* NJW 1957, pág. 1780; *Stoll,* JZ 1958, pág. 140; *Weimar,* JuS 1962, pág. 135; *Wiethölter,* Verkehrsrichtiges Verhalten págs. 9 ss. Sobre todo ello vid. *Larenz,* Schuldrecht Tomo II págs. 608 ss.

§ 57 La culpabilidad en el delito imprudente

Arzt, Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91 (1979) pág. 857; *Baumann,* Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht? NJW 1959, pág. 2293; *el mismo,* Probleme der Fahrlässígkeit bei Stragenverkehrsunfällen, Kriminalbiol. Gegenwartsfragen Heft 4, 1960, pág. 100; *Booß,* Keine Schuldvermutung im Verkehrsstrafrecht! NJW 1960, pág. 373; *Eggert,* Die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei den Fahrlässigkeits-und unechten Unterlassungsdelikten usw., Diss. Göttingen 1969; *Sigrid Fischer,* Vergessen als Fahrlässigkeit, Strafr. Abh. Heft 346, 1934; *Fornasari,* Il principio di inesigibilitá nel diritto penale, 1990; *Heitzer,* Unrechtsbegriff und Schuldbegriff beim Fahrlässigkeitsdelikt, NJW 1951, pág. 828; *Kienapfel, Die* Fahrlässigkeit usw., Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, pág. 1; *Klee,* Anmerkung zu RG vom 25.11.1938, JW 1939, pág. 547; *Maiwald,* Die Unzumutbarkeit — strafbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten? Festschrift für H. Schüler-Springorum, 1993, pág. 475; *Puppe,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen, JZ 1989, pág. 728; *Rudolphi,* Unrechtsbewußtsein usw., 1969; *Schlosky,* Straftaten in Volltrunkenheit, JW 1936, pág. 3425; *Schmidt-Leichner,* Verkehrsstrafrecht ohne Schuldfeststellung? NJW 1960, pág. 996; *Schöne,* Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 649; *Schünemann,* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte, JA 1975, pág. 787; *Welzel,* Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pág. 421; *Wimmer,* Über unzulässige Vertiefung der Schuldfrage bei Fehlleistungen von Kraftfahrern, NJW 1959, pág. 1753; *el mismo,* Vereinfachungen im allgemeinen Strafrecht bei der Bestrafung von Verkehrsübertretungen, DAR 1960, pág. 245.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes de §§ 54 y 55

Al igual que en los dolosos, la *culpabilidad* significa en los delitos imprudentes la *reprochabilidad de la acción típica y antijurídica* en atención a la *actitud jurídica interna desaprobada* que aquélla expresa (vid. *supra* § 39 II 1)[1]. No obstante, los elementos de la culpabilidad imprudente son en parte *distintos* a los de la acción dolosa culpable. Su comprobación es desatendida con frecuencia en la praxis[2].

[1] Vid. *Bockelmann,* Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 210; *Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 182 ss.; *WK (Burgstaller)* § 6 núms. 78 ss.; *Lackner,* § 15 núm. 49; *Herzberg,* Jura 1984, pág. 402; *Blei,* Allg. Teil págs. 303 ss.; *Nowakowski,* JBl 1972, pág. 31; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 190; *Schünemann,* JA 1975, págs. 790 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núm. 102; *Welzel,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte pág. 30; *Wessels,* Allg. Teil núm. 692.

[2] Lo que es acertadamente criticado por *Baumann,* Probleme der Fahrlässigkeit págs. 105 ss. Asimismo, *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 202; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1138; *Roxin,* Allg. Teil § 24 núm. 113. Claramente también, BGH NJW 1995, 795 (796).

I. Capacidad de culpabilidad y conciencia de la antijuricidad

1. También en la imprudencia, el primer elemento sobre el que se apoya el juicio de culpabilidad es la **capacidad de culpabilidad**; ésta se encuentra asimismo conectada a la edad y a la salud psíquico-espiritual del autor (vid. *supra* § 40 II, III). También en el sentido de la imprudencia quien es incapaz de culpabilidad *no* actúa *culpablemente*[3]. Desde luego que un incapaz de culpabilidad, bajo ciertas circunstancias, puede prever la realización del tipo y actuar objetivamente con infracción del deber de cuidado. De ahí que también en el hecho imprudente a la realización del tipo de injusto son anudadas las *medidas de seguridad jurídico-criminales* previstas para el autor incapaz de culpabilidad (§§ 63, 64, 69, 70), con lo que sin embargo debe ser presupuesto que el autor, de acuerdo con sus capacidades individuales y prescindiendo de la capacidad de culpabilidad, estaba en situación de cumplir debidamente el cuidado exigible[4].

2. La culpabilidad por imprudencia, al igual que en el hecho doloso, presupone la **conciencia de la antijuricidad** o, en su caso, la **evitabilidad del error de prohibición** (vid. *supra* § 41 I 1)[5]. Dado que a menudo el autor de un hecho imprudente no reconoce el sentido social de su comportamiento equivocado, la mayoría de las veces tampoco será consciente de la prohibición jurídica. Sin embargo, también aquí la conciencia de la antijuricidad posee un significado autónomo y, en verdad, en la medida en que el autor debe saber que se trata de exigencias objetivas de cuidado que hay que cumplir en el caso concreto, de *auténticos deberes jurídicos* y no meramente de exigencias de cortesía o de la

[3] Vid. *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 183 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 191; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1126. Por el contrario, sobre la base de la concepción de la imprudencia como forma de culpabilidad, con anterioridad fue admitido con frecuencia que el incapaz de culpabilidad no podía *actuar* imprudentemente; vid. *Schlosky*, JW 1936, pág. 3427; *Klee*, JW 1939, pág. 548.

[4] Subraya acertadamente *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1127, que para la punibilidad por un hecho imprudente cometido en estado de embriaguez de acuerdo con el § 323a, hay que verificar si el cuidado objetivamente necesario habría sido exigible al autor en estado sobrio (RG DStr 1936, 180 [181]); asimismo, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 192.

[5] Subrayando acertadamente, también en la imprudencia, el requisito de la conciencia del injusto actual o potencial, *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 213; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 196 ss.; *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 78; *Lackner*, § 15 núm. 50; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 17 núm. 2; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 44 núm. 56; *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núms. 103 ss.; *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre pág. 180; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 193; *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte pág. 32; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1128. Para *Arzt*, ZStW 91 (1979) pág. 884, sin embargo, la teoría del dolo es aplicable a los delitos imprudentes. En contra, con razón, *Schöne*, Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 669 ss.

consideración debida a la moral y a las buenas maneras. Una conciencia actual del injusto puede faltar cuando una infracción, como por ejemplo de tráfico, es cometida con mucha frecuencia (verbigracia, cruzar la vía con el semáforo en rojo o la desatención del límite de 30 km/h). No reconociendo el autor su deber de cuidado (imprudencia inconsciente) hay que exigir que debería haberlo reconocido como *deber jurídico* (vid. *infra* § 57 II). El deber de información tiene en la práctica un significado especial cuando se trata de normas jurídicas relativas al cuidado aplicable (por ejemplo, limitaciones de velocidad) o cualesquiera otras reglas determinadas (verbigracia, señales de advertencia en las pistas de ski). En la imprudencia consciente entra sobre todo en juego el error de prohibición cuando el autor toma equivocadamente por una causa de justificación lo que en realidad es su actuación contraria al cuidado debido (un aprendiz pasa por alto una advertencia de su maestro —que él toma por obligatoria— sobre una disposición preventiva de accidentes, causando de este modo el correspondiente siniestro[6]). Además, en los delitos imprudentes de resultado el autor debe o, en su caso, puede saber que la consecuencia que origina está desaprobada por el Ordenamiento jurídico. Tratándose de homicidio o lesiones corporales imprudentes no hay que desperdiciar ni una palabra más sobre ello. En las conductas peligrosas del tráfico viario como no respetar la distancia de seguridad o los giros indebidos tras iniciarse una maniobra de adelantamiento, debe igualmente ser afirmada la conciencia del injusto a pesar de que estas infracciones se suceden permanentemente. Para el reproche de culpabilidad es suficiente con la conciencia *potencial* del injusto, pero también en el marco de la imprudencia el error de prohibición vencible determina una menor gravedad en la fijación de la pena que la plena conciencia del injusto.

3. El **estado de necesidad exculpante** (§ 35) y el **exceso en la legítima defensa** del mismo carácter (§ 33) resultan también de aplicación en los hechos imprudentes.

II. La reconocibilidad y el cumplimiento del deber objetivo de cuidado

1. El reproche de culpabilidad en la imprudencia también depende de que el autor, **de acuerdo con sus capacidades personales**, esté en situación de reconocer y cumplir los deberes de cuidado que le son exigibles según un criterio objetivo. En este examen no resulta decisiva la capacidad de rendimiento de la persona concienzuda y cuidadosa procedente del círculo del autor *(criterio objetivo)*, sino

[6] El ejemplo procede de *Herzberg*, Jura 1984, pág. 411.

que lo importante es *el sujeto mismo, con su nivel individual* de fuerzas, experiencias y conocimientos *(criterio subjetivo)* (RG 39, 2 [5]; 56, 343 [349]; 58, 130 [134 ss.]; 73, 257 [262]; BGH *Dallinger* MDR 1973, pág. 18)[7]. No obstante, también aquí el juicio sobre la capacidad personal sólo es posible por medio de la pregunta de si, de acuerdo con nuestra experiencia, "otra persona" con la edad, inteligencia y conocimientos del autor, así como en su mismo lugar y situación, habría sido capaz de satisfacer las exigencias exteriores e interiores del cuidado debido que eran exigibles en orden a la evitación del resultado debido; *defectos del carácter* como desconsideración, indiferencia o falta de atención, no exculpan al autor (vid. *supra* § 39 III 1)[8].

2. Las **circunstancias que no integran el reproche al autor** son los defectos corporales, problemas de entendimiento, lagunas de conocimientos y de experiencia, senectud, así como dificultades especiales de la situación a las que no pudo enfrentarse. No obstante, permanece siempre reservado el punto de vista de la "culpabilidad por asunción".

Ejemplos: Una capacidad intelectual deficiente puede exculpar un cambio de vía equivocado en el tráfico ferroviario (RG 22, 163 [164 ss.]). Si, a causa de sus escasas aptitudes para comprender, el testigo no es capaz de reconocer que su declaración es incierta, no puede ser castigado por el § 163 (RG JW 1928, pág. 1505). La incompetencia para conducir derivada de una senectud progresiva no reconocible, no resulta reprochable[9]. El cansancio acaecido súbitamente para el que no está preparado a causa de deficiencias corporales o mentales que no le eran conocidas o reconocibles como tales, puede también exculpar una infracción de tráfico grave (BGH VRS 7, 181 [182]; BGH DAR 1958; pág. 194). La ausencia de práctica en la conducción no puede ser reprochada al novato (BGH DAR 1956, pág. 106; KG VRS 7, 184 [185]). El alumno de autoescuela sólo se responsabiliza de un error si, conforme a sus conocimientos y capacidad subjetiva, lo habría podido evitar fácilmente (OLG Hamm VRS 56, pág. 347). La capacidad defectuosa de un naturópata para reconocer una apendicitis puede excluir el reproche

---

[7] Así se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann*, Probleme der Fahrlässigkeit pág. 105; *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze págs. 210 ss.; *Engisch*, Vorsatz und Fahrlässigkeit págs. 349 ss.; *Exner*, Fahrlässigkeit pág. 217; *Lackner*, § 15 núm. 49; *Mannheim*, Fahrlässigkeit págs. 61 ss.; *Mühlhaus*, Fahrlässigkeit pág. 32; *Preisendanz*, nota preliminar C 4 pág. 30; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 194; *Schünemann*, JA 1975, pág. 790; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 34; *Welzel*, Lehrbuch pág. 175.

[8] En esta dirección camina, sobre todo, la doctrina austríaca; vid. *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt pág. 189; *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 84; *Nowakowski*, JBl 1972, pág. 31; *Kienapfel*, Zeitschrift für Verkerhsrecht 1977, págs. 13 ss. Igualmente, *Herzberg*, Jura 1984, pág. 413: "Se hace responsable por el carácter".

[9] El ejemplo procede de *Bockelmann*, Verkerhsrechtliche Aufsätze págs. 211 ss.

culpabilístico (RG 67, 12 [19 ss.]). El sobresalto debido al acaecimiento de un peligro inesperado puede disculpar reacciones equivocadas; así sucede con un ataque nocturno (RG 58, 27 [30]), con una avería repentina de los frenos de un autobús en una pendiente acentuada, especialmente si coincide simultáneamente con un cansancio excesivo y escasa experiencia del conductor (BGH DAR 1956, 106 [107]), con un repentino cambio de carril de un camión con remolque (BGH VRS 10, 213 [214]) o con un prematuro e imprevisto encendido de las luces largas en el carril contrario (BGH 12, 81 [84]). Finalmente, aunque la corresponsabilidad del ofendido no excluye la culpabilidad del autor, sí puede, sin embargo, atenuarla sustancialmente (RG 59, 355 [359]; BGH 4, 182 [187]; 17, 299 [302 ss.]).

3. Sin embargo, en tales casos a menudo debe serle reprochada al autor la verificación de una actividad para la que carecía de los conocimientos y capacidades necesarias **(culpabilidad por asunción)** (vid. *supra* § 55 I 3a). Aquí se plantea no obstante la pregunta de cómo se resuelve el caso en el que el autor carece ya de la comprensión necesaria para, al menos, poder hacerse una idea sobre la insuficiencia de su propia capacidad de rendimiento[10]. De modo consecuente, la doctrina exige que para el autor haya sido *reconocible* que no pudo estar a la altura de las exigencias necesarias en la actividad asumida por él[11]. Pero, sea como fuere, este requisito no ha sido demandado expresamente por la jurisprudencia, de tal modo que surge la impresión de una objetivación asistemática del criterio de la culpabilidad (RG 50, 37 [45]; 59, 355 [356]; 64, 263 [271]; 67, 12 [20]; BGH 10, 133 [134]; KG VRS 7, 184 [185]; con otro criterio, sin embargo, BGH NJW, 1995, 795 [796]).

La culpabilidad por asunción presenta un cierto parentesco con la *actio libera in causa* en relación con la anticipación temporal del reproche por la culpabilidad (vid. *supra* § 40 VI 1)[12]. La diferencia consiste en que en esta última se origina culpablemente por el autor un estado en el que carece de libertad (incapacidad de acción o de culpabilidad) y que es aprovechado para cometer una acción conminada con pena; en cambio, aquí se le reprocha por colocarse en una situación en la que, ciertamente, es capaz de culpabilidad pero donde no ha estado a la altura de los deberes de cuidado que le eran exigibles.

---

[10] Vid. *Larenz*, Schuldrecht Tomo I pág. 285; en relación con el Derecho civil vid., además, BGH JZ 1968, pág. 103.

[11] Vid. *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 211; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt pág. 193; *el mismo*, Grundzüge pág. 126; *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 106; *Dreher/Tröndle*, § 15 núm. 16; *Kühl*, Allg. Teil § 17 núm. 91; *Nowakowski*, JBl 1953, págs. 510 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 198; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1105; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 444; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 140 ss.; *Schünemann*, JA 1975, pág. 791.

[12] Asimismo, *Roxin*, Allg. Teil I § 24 núm. 111.

4. Como todas las realidades subjetivas, las capacidades personales del autor como base del reproche culpabilístico sólo pueden *determinarse concluyentemente* a través de puntos de referencia objetivos. Con frecuencia, el juez podrá partir para ello de la impresión personal que le causa el autor, de su posición social, de su trayectoria y experiencia vital, así como de las reglas generales de la experiencia y, de este modo, poder apreciar la concurrencia de la culpabilidad por imprudencia si no existen puntos de apoyo para afirmar lo contrario (**prueba por apariencia**, BGH DAR 1954, 17 [18])[13].

Con ello, sin embargo, no se renuncia al criterio *subjetivo* de la culpabilidad imprudente[14], sino que sólo se muestra una vía para su comprobación en el proceso penal. Precisamente en la imprudencia un Derecho penal que pretenda ser pedagógicamente eficaz no puede renegar del principio de culpabilidad, pues la pena le conduce al autor a ver su propia responsabilidad y las razones de la condena deben mostrarle hasta qué punto *precisamente él* habría podido evitar el hecho imprudente y, también, cómo podrá hacerlo en un futuro. Pero para ello hay que tener en cuenta que nadie puede "realizar la pretensión ideal de una atención continua y permanente, así como de una reacción veloz y apropiada"[15].

III. La previsibilidad subjetiva del resultado y del curso causal

1. En los delitos imprudentes de resultado tanto el curso causal como el resultado típico no sólo deben haber sido previstos objetivamente en sus rasgos esenciales[16] (vid. *supra* § 55 II 3), sino que para la reprochabilidad por la causación de aquél también depende de que el autor hubiera podido tener esa previsión de acuerdo con sus capacidades y conocimientos personales (RG 3, 208 [209]; 30, 25 [28]; 64, 316 [320]; 74, 195 [198]; BGH 24, 213 [216 ss.])[17]. El criterio

---

[13] Vid., al respecto, *Bockelmann*, Untersuchungen pág. 268; *el mismo*, Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 24; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 194 ss.; *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 88; *Volk*, GA 1973, págs. 166 ss.; *Wimmer*, NJW 1959, págs. 1756 ss.; *el mismo*, DAR 1960, págs. 247 ss. En contra, *Baumann*, NJW 1959, págs. 2293 ss.

[14] Exigendo, no obstante, una *objetivación* de la culpabilidad imprudente, *Frey*, Schweiz. Juristenvereins-Festschrift págs. 343 ss.; *Salm*, Das vollendete Verbrechen Tomo I, 1 págs. 69 ss., 114, 117 ss., 137, 203; *Booß*, NJW 1960, pág. 373. En contra, con razón, *Bockelmann*, Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 23; *Schmidt-Leichner*, NJW 1960, págs. 996 ss.; *Baumann*, Probleme der Fahrlässigkeit pág. 106.

[15] Así, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1137.

[16] Con acierto define *Puppe*, JZ 1989, pág. 723, como circunstancia "esencial" del curso causal "aquélla que integra el deber de cuidado del autor sin cuya presencia el suceso no habría acontecido".

[17] Vid. *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt pág. 187; *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 90; *Herzberg*, Jura 1984, pág. 407; *Kühl*, Allg. Teil § 17 núm. 92; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 271; *Welzel*,

subjetivo de la previsibilidad del resultado es básicamente el mismo que juega en la reconocibilidad y cumplimiento del deber de cuidado.

Ejemplos: Para la previsibilidad de las consecuencias de un golpe en la cabeza se atiende al nivel de formación (RG 3, 208 [209]) y a la inteligencia del autor (OLG Köln NJW 1963, 2381 [2383]). El olvido por un profesor de la comunicación de que uno de sus alumnos era hemofílico, no resulta reprochable si dicho alumno pone en peligro la clase con su comportamiento y es necesaria una defensa inmediata (BGH 14, 52 [54])[18]. Una granjera algo primitiva, intelectualmente hablando, que sin esterilización alguna lleva a cabo sobre su hija un aborto no puede prever la muerte como consecuencia de su intervención (schweiz. BGE 69 IV 228 [232]). La abuela que por primera vez coge el metro y por ello no sabe que las puertas se cierran automáticamente antes de la salida, no puede prever que pone en peligro a su nieto si no lo mantiene suficientemente alejado de la puerta (el ejemplo es de *Schmidhäuser*). Previsible resulta, sin embargo, que un peatón que intenta cruzar la calle se aparte del vehículo que se aproxima (OLG Hamm VRS 59, 114) y que un niño no se quede esperando en la mitad de la calzada sino que intente alcanzar el otro extremo de ésta (OLG Hamm VRS 59, 260).

2. La previsibilidad subjetiva del resultado no resulta problemática en la imprudencia *consciente* pues en ella el autor identifica la peligrosidad de la situación para el objeto protegido de la acción, aunque contrariamente a deber confía en que el resultado no tendrá lugar (OLG Stuttgart JuS 1977, pág. 52). La dificultad reside aquí en la imprudencia *inconsciente* pues la peligrosidad de muchos acontecimientos cotidianos, especialmente de la medicina, del sector de la construcción o del tráfico viario, hace que para casi todas las infracciones del deber de cuidado parezcan previsibles las consecuencias más graves y, en verdad, para cualquier persona porque el posible curso causal es lo suficientemente sencillo como para poder ser captado por el espíritu más limitado. Sin embargo, en los hechos imprudentes también hay circunstancias complicadas que hacen absolutamente necesario el examen especial de la capacidad personal del autor para la previsión del resultado y del curso causal (por ejemplo, dejar olvidado un líquido tóxico en una habitación cerrada a la que jugando pueden acceder los niños por la ventana). Al igual que en los delitos dolosos, los conocimientos especiales perjudican al autor como, por ejemplo, el saber de la existencia de la enfermedad cardíaca de la víctima a la que se le provoca la muerte comunicándole irresponsablemente una noticia grave.

Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte págs. 30 ss.; *el mismo*, Lehrbuch págs. 175 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 445; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 194; *Schünemann*, JA 1975, pág. 788; *Wessels*, Allg. Teil núm. 692.

[18] Acerca de los límites del deber de concentración vid. *Sigrid Fischer*, Vergessen als Fahrlässigkeit págs. 86 ss.

IV. La inexigibilidad del comportamiento adecuado a la norma

El reproche culpabilístico de la imprudencia también puede decaer si las circunstancias externas hacen aparecer como algo *inexigible* el cumplimiento del deber objetivo de cuidado[19]. De modo diverso a como sucede en los delitos dolosos en los que también se exige obediencia al Derecho frente a la más fuerte de la presión motivadora, en la medida en que no concurran casos especialmente excepcionales previstos en la propia Ley (por ejemplo, § 35) (vid. *supra* § 47 II 2), en los hechos imprudentes la jurisprudencia tiene en cuenta, sobre todo en situaciones de conflicto, que circunstancias extraordinarias pueden haber dificultado especialmente el cumplimiento del deber de cuidado por parte del autor. Aquí ya no se trata, sin embargo, del límite del cuidado debido dentro del ámbito objetivo de la antijuricidad[20] y tampoco del reconocimiento de una causa "supralegal" de exculpación de la inexigibilidad[21], sino de la restricción del deber de cuidado que corresponde personalmente al autor (OLG Frankfurt VRS 41, 32 [35]) (vid. *supra* § 47 II 3b)[22]. Dicho deber puede, por tanto, no sólo ser restringido a través de déficits en la persona del autor sino también, aunque en casos excepcionales, por medio de las especialidades propias de la situación de hecho. También aquí hay que llevar siempre a efecto una valoración *objetiva* de la exigibilidad del comportamiento adecuado al deber de cuidado[23]. De lo contrario podría llegarse a una aplicación desigualitaria y arbitraria del criterio de la exigibilidad.

---

[19] Vid. al respecto, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 167 ss.; *Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt págs. 198 ss.; *WK (Burgstaller)* § 6 núms. 96 ss.; *Dreher/Tröndle,* § 15 núm. 16; *Eggert,* Die Unzumutbarkeit págs. 75 ss.; *LK (11.ª)(Hirsch)* nota preliminar núm. 206 antes del § 32; *Heitzer,* NJW 1951, pág. 829; *Kienapfel,* Zeitschrift für Verkehrsrecht 1977, págs. 14 ss.; *Kohlrausch/Lange,* § 59 comentario IV 4; *Roxin,* Allg. Teil I § 24 núm. 115; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 204; *SK (Samson)* § 16 Anexo núm. 36; *Nowakowski,* JBl 1953, págs. 509 ss.; *Welzel,* Lehrbuch págs. 183 ss.; *Jakobs,* Studien págs. 141 ss.; *el mismo,* Allg. Teil 20/35 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 692; *Fornasari,* Il principio di inesigibilitá págs. 320 ss. Aludiendo expresamente a la exigibilidad § 6 I österr. StGB. Mostrando su escepticismo frente a la inexigibilidad a causa de las dificultades en la delimitación, *Schünemann,* JA 1975, págs. 791 ss. Discrepan *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 44 núm. 45; *Maiwald,* Schüler-Springorum-Festschrift pág. 487.

[20] Así, sin embargo, *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 141; *el mismo,* Grundriß pág. 135; *Henkel,* Mezger-Festschrift pág. 286.

[21] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 455; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 168; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 477 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1132; *Welzel,* Lehrbuch pág. 183.

[22] Así, *Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt pág. 199; *WK (Burgstaller)* § 6 núm. 98. Por el contrario, atribuyen una "doble función" a la inexigibilidad, *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 204, *Maiwald,* Schüler-Springorum-Festschrift pág. 491 y *Eser,* Strafrecht II núm. 24 A núm. 8.

[23] Así, acertadamente, *Welzel,* Lehrbuch pág. 184. Vid., además, *Burgstaller,* Das Fahrlässigkeitsdelikt, págs. 200 ss., con diversos ejemplos.

Ejemplos: En sus comienzos la jurisprudencia partió del caso conocido como "Leinenfänger" (RG 30, 25) en el que fue negada la exigibilidad de una encordadura cuidadosa de un carruaje de caballos en atención a que el cochero estaba amenazado con el despido en caso de que se negara a trabajar con un caballo que siempre se desbocaba (no obstante, en la actualidad este caso sería resuelto de forma diversa a causa de la mejor protección jurídica de la que gozan los empleados[24]). Además, la RG 36, 78 (80), negó que fuera contrario a deber la omisión paterna del internamiento a tiempo en un hospital del hijo gravemente enfermo, porque ello se debió a las peticiones encarecidas de su propio hijo y de su mujer que poco tiempo antes había fallecido en el mismo hospital. La RG 57, 172 (174) aceptó que no merecía ningún reproche el barquero que fue zozobrado a causa de una tormenta y una crecida del río Niemen, debido a que, a pesar de su advertencia sobre la peligrosidad de la travesía, los dos viajeros que portaba le apremiaron para ello poniendo finalmente en duda su valía personal. La RG 74, 195 (198) rechazó el reproche de culpabilidad dirigido contra el revisor de un tranvía que para el encendido reglamentario del remolque habría tenido que contradecir una (incorrecta) instrucción de servicio. Vid. también BGH 2, 194 (204); 4, 20 (23).

Sección 2.ª: El delito de omisión

El *delito omisivo* es, al igual que el delito de comisión imprudente, una forma especial de aparición de la acción punible. Este tipo de delitos pueden ser cometidos tanto dolosa como imprudentemente. Los delitos omisivos, de la misma forma que los comisivos, integran el concepto superior del "comportamiento humano de considerable alcance social" (vid. *supra* § 23 VI 1 y 2), pero se diferencian esencialmente de los delitos cometidos mediante un hacer positivo en que no es posible una traslación inmediata de los conceptos y reglas jurídicas desarrolladas para los delitos de comisión. De ahí que la Dogmática de estos últimos deba ser adaptada a las circunstancias especiales de los delitos de omisión.

Pero tampoco puede procederse esquemáticamente de acuerdo con la supuesta vigencia de un "*principio de inversión*"[25], según el cual, los mismos presupuestos de los delitos de acción y omisión deben conducir siempre a consecuencias exactamente contrarias. Más bien, en los delitos omisivos debe tener lugar la *adaptación* de cada problema *acorde con el sentido* de las formas de pensar desarrolladas para

[24] Así, *Bockelmann,* Verkehrsrechtliche Aufsätze pág. 211; *Mühlhaus,* Fahrlässigkeit págs. 43 ss.

[25] Así, Armin *Kaufmann,* Unterlassungsdelikte págs. 87 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 203. En el mismo sentido que aquí, *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 138 antes del § 13; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 653 ss. nota a pie núm. 1; *Arzt,* JA 1980, pág. 555; *Haffke,* ZStW 87 (1975) págs. 44 ss.

los delitos de comisión. Dado que la omisión no responde a la misma realidad que el hacer positivo, sino que sólo puede ser imaginada como la *defraudación* a una expectativa de una determinada y posible acción del autor, en el concepto de omisión deben ser asumidos elementos que no poseen su equivalente en los delitos de comisión. Por medio de estas adaptaciones y complementos la estructura de los delitos de omisión se vuelve más complicada que la de los de acción.

§ 58 Concepto, clases y problemática fundamental del delito omisivo

Androulakis, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *Arzt,* Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, págs. 553, 647, 712; *Bertel,* Begehungs-oder Unterlassungsdelikt? JZ 1965, pág. 53; *Binding,* Der Entwurf eines StGB f. d. Nordd. Bund in seinen Grundsätzen, 1869; *Bockelmann,* Strafrecht des Arztes, 1968; *Böhm,* Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, Diss. Frankfurt 1957; *el mismo,* Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, pág. 177; *Boldt,* Anmerkung zu RG 74, 309, DR 1941, pág. 195; *Brammsen,* Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986; *Bruns,* Anmerkung zu BGH vom 3.11.1981, JR 1982, pág. 465; *el mismo,* Zur Auslegung des § 13 Abs. 2 StGB, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 125; *Busch,* Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 192; *Cadoppi,* Il reato omissivo proprio, Tomo I, II, 1988; *Clemens,* Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum RStGB, Strafr. Abh. Heft 149, 1912; *Dahm,* Bemerkungen zum Unterlassungsproblem, ZStW 59 (1940) pág. 133; v. *Dellingshausen,* Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes, 1981; *Graf zu Dohna,* Zur Lehre von den Kommissivdelikten durch Unterlassung, DStr 1939, pág. 142; *Drost,* Der Aufbau der Unterlassungsdelikte, GS 109 (1937) pág. 1; *Engisch,* Besprechung von 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; *Enschedé,* Beginselen van strafrecht, 6.ª ed. 1987; *Fiandaca,* Il reato commissivo mediante omissione, 1979; *Freund,* Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992; *Fünfsinn,* Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen, 1985; *Gallas,* Anmerkung zu BGH 2, 150, JZ 1952, pág. 371; *el mismo,* Unterlassene Hilfeleistung nach deutschem Strafrecht, Deutsche Landesreferate zum IV. Int. Kongreß für Rechtsvergleichung, 1955, pág. 344; *el mismo,* Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989; *Geilen,* Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, JZ 1968, pág. 145; *el mismo,* Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, FamRZ 1968, pág. 121; *Georgakis,* Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht, 1938; *Gössel,* Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96 (1984) pág. 321; *Grasso,* Il reato omissivo improprio, 1983; *el mismo,* Orientamenti legislativa

in tema di omesso impedimento dell'evento Riv dir proc pen 1978, pág. 872; *Grünwald,* Das unechte Unterlassungsdelikt, Diss. Göttingen 1957; *el mismo* Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70 (1958) pág. 412; *el mismo,* Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, pág. 110; *Haffke,* Unterlassung der Unterlassung? ZStW 87 (1975) pág. 44; *Henke,* Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 1.ª Parte, 1823; *Henkel,* Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, MSchrKrim 1961, pág. 178; *Herzberg,* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo,* Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1984, pág. 402; *el mismo,* Zur Garantenstellung aus vorausgegangenem Tun, JZ 1986, pág. 986; *Hirsch,* Ehre und Beleidigung, 1967; *Honig,* Zur Frage der Strafbarkeit der Unterlassung im römischen Recht, Festschrift für E. Heilfron, 1930, pág. 63; *el mismo,* Die Entwicklung des Unterlassungsdelikts vom Römischen bis zum Gemeinen Recht, Festgabe für R. Schmidt, 1932 (Sonderdruck); *Huerta Tocildo,* Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987; *Infractions d'omlssion,* Actes du Colloque préparatoire tenu à Urbino, Rev int dr pén 1984, núms. 3-4; *Jescheck,* Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 91 (1975) pág. 1; *el mismo,* Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte in neueren Strafgesetzenrwürfen, 1989, pág. 795; *el mismo,* Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht, 140 Jahre GA, 1993, pág. 115; *Jescheck/Goldmann,* Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht, ZStW 77 (1965) pág. 109; *Armin Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo,* Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, pág. 173; *Arthur Kaufmann,* Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 200; *Arthur Kaufmann/Hassemer,* Der überfallene Spaziergänger, JuS 1964, pág. 151; *Kienapfel,* Aktuelle Probleme der unechten Unterlassungsdelikt, Strafr. Probleme 2, 1974, pág. 77; *el mismo,* Die Garantenpflichten usw., JBl 1975, págs. 13, 80; *el mismo* Die Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, pág. 197; *el mismo,* Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, pág. 281; *Kissin,* Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, Strafr. Abh. Heft 317, 1933; *Kohler,* Studien aus dem Strafrecht, Parte I, 1890; *Küpper,* Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Landsberg,* Die sog. Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht, 1890; *Lenckner,* Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision, Medizinische Klinik 64 (1969) pág. 1000; *Lilie,* Garantenstellungen für nahestehende Personen, JZ 1991, pág. 541; *Luden,* Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Tomo I, 1836, Tomo II, 1840; *Maiwald,* Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, pág. 473; *H. Mayer,* Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, Materialien, Tomo I, 1954, pág. 259; *Meister,* Echtes und unechtes Unterlassungsdelikt, MDR 1953, pág. 649; *Metzen,* Die Problematik und Funktion der fakultativen Strafmilderung usw., Diss. Köln 1977; *Meyer-Bahlburg,* Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte, Diss. Hamburg 1962; *el mismo,* Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, MSchrKrim 1965, 247; *el mismo,* Die

Garantenstellung bei den Unterlassungsdelikten, GA 1968, pág. 49; *Nagler,* Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111 (1938) pág. 1; *Nickel,* Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte usw., 1972; *Otto/Brammsen,* Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten, Jura 1985, págs. 530, 592, 646; *Philipps,* Der Handlungsspielraum, 1974; *Ranft,* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, JuS 1963, pág. 340; *Roxin,* Pflichtwidrlgkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962) pág. 411; *el mismo,* Täterschaft und Tatherrschaft, 6.ª ed. 1994; *el mismo,* An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 380; *el mismo,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *Rudolphi,* Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *Samson,* Begehung und Unterlassung, Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 579; *Samson/Horn,* Steuerunehrliclikeit durch Unterlassen, NJW 1970, pág. 593; *Sauer,* Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 202; *Sax,* Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe usw., JZ 1975, pág. 137; *Schaffstein,* Die unechten Unterlassungsdelikte usw., Festschrift für W. Graf Gleispach, 1936, pág. 70; *el mismo,* Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, Göttinger Festschrift für das OLG Celle, 1961, pág. 175; *Eb. Schmidt,* Der Arzt im Strafrecht, 1939; *R. Schmitt,* Zur Systematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1959 pág. 432; *Schöne,* Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *Schünemann,* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikt, 1971; *el mismo,* Die Unterlassungsdelikte usw., ZStW 96 (1984) pág. 287; *Schürmann,* Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsprinzip, 1986; *Schwalm,* Begehen durch Unterlassen, Niederschriften, Tomo XII, pág. 74; *J. Schwarz,* Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten, Diss. Freiburg 1967; *Seebode,* Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 317; *Separovič,* Die Behandlung der Unterlassungsdelikte in Jugoslawlen, ZStW 77 (1965) pág. 149; *Sgubbi,* Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento, 1975; *Sieber,* Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen usw., JZ 1983, pág. 431; *Silva Sánchez,* El delito de omisión, 1986; *Spangenberg,* Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit, Neues Archiv des Criminalrechts IV (1821) pág. 527; *Spendel,* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 183; *Stoffers,* Sterbehilfe: Rechtsentwicklungen bei der Reanimator-Problematik, MDR 1992 pág. 629; *el mismo,* Unterscheidung der Verhaltensformen usw., GA 1993, pág. 262; *Struensee,* Handeln und Unterlassen usw., Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 133; *Stübel,* Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828; *Tenckhoff,* Zur Anwendbarkeit des § 13 StGB auf schlichte Tätigkeitsdelikte, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 347; *Timpe,* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils usw., 1983; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 36, 227, JR 1990, pág. 428; *Traeger,* Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf-und Zivilrecht, Festgabe für L. Enneccerus, 1913 (Sonderdruck); *Vogel,* Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993; *Vogt,* Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, ZStW 63 (1951) pág. 381; *Volk,* Zur Abgrenzung

von Tun und Unterlassen, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 219; *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *Welzel*, Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte usw., NJW 1953, pág. 327.

I. Rasgos esenciales de la historia dogmática del delito de omisión

1. El problema básico de los delitos de omisión es la cuestión relativa a bajo qué presupuestos la no evitación del acaecimiento de un resultado típico puede ser *equiparada* a su producción mediante un hacer positivo. Mientras que sobre este aspecto en la literatura del siglo XVIII sólo se encuentran afirmaciones ocasionales en relación con los delitos de homicidio[1], desde *Feuerbach* la Ciencia penal alemana se esforzó en concebir sistemáticamente los *deberes jurídicos destinados a la evitación del resultado*[2]. Junto a ello, la cuestión relativa a la *causalidad de la omisión* del resultado que no ha sido impedido, se situó en un primer plano durante largo tiempo. Irresuelto queda el problema concerniente a la fundamentación y limitación de los deberes de garante. Sólo actualmente ha sido reconocido el problema de la equiparación en los delitos con *elementos especiales de la acción* (§ 13 I, inciso segundo)[3].

2. *Feuerbach*[4] señalaba, con la fundamentación característica de la concepción de la libertad durante la Ilustración, que "la obligación primigenia del ciudadano sólo está referida a la omisión". Únicamente la Ley y el contrato bastaban como base jurídica para la obligatoriedad de la evitación del resultado. Más allá, *Spangenberg*[5] y *Henke*[6] reconocieron también la existencia de estrechas relaciones personales (por ejemplo, el matrimonio o el parentesco) como fundamento de la obligación. Finalmente, *Stübel*[7] añadió el hacer previo peligroso como base del deber de evitar el resultado. Con ello ya se había suministrado el fundamento para el desarrollo posterior de los delitos de omisión.

---

[1] Sobre ello vid. *Clemens*, Unterlassungsdelikte págs. 6 ss.; *Nagler*, GS 111 (1938) págs. 3 ss.; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 56 ss.; *Honig*, R. Schmidt-Festgabe (Sonderdruck) págs. 25 ss. (acerca de los estadios previos durante los glosadores). Acerca del Derecho romano vid *Honig*, Heilfron-Festschrift págs. 63 ss. Sobre la evolución histórica, asismismo, *Schünemann*, ZStW 96 (1984) págs. 287 ss.

[2] Profundizando al respecto, *Welp*, Vorangegangenes Tun págs. 25 ss.

[3] Sobre ello vid. *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 4; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 682 ss.; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 18; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 5.

[4] *Feuerbach*, Lehrbuch 3.ª ed. § 24.

[5] *Spangenberg*, Neues Archiv des Criminalrechts IV (1821) pág. 539.

[6] *Henke*, Handbuch págs. 395 ss.

[7] *Stübel*, Über die Teilnahme pág. 61.

Con la penetración del pensamiento científico-natural en la teoría del Derecho penal comenzaron en torno a la mitad del siglo XIX los intentos de solucionar el problema de la equiparación a través de la prueba de una auténtica *causalidad de la omisión* en relación con el resultado. Este desarrollo no va a ser seguido aquí (vid. *supra* § 59 III 2), pues tras muchos rodeos y caminos equivocados se ha impuesto la idea de que la causalidad no es la cuestión decisiva de la omisión[8]. "La punibilidad de la omisión es completamente independiente de la aceptación de su causalidad"[9]. Decisivo resulta, más bien, el punto de vista normativo de que alguien, en cuya intervención confía la comunidad y por medio de la omisión de la actividad esperada, infringe los intereses que le han sido confiados y que permanecen así indefensos por la ausencia de cualquier otro aseguramiento[10]. De este modo el problema de la equiparación vino a convertirse en una *cuestión de la antijuricidad*. Durante mucho tiempo los deberes jurídicos relevantes para los delitos de omisión fueron fundamentados de un modo puramente *formal* por medio de su origen (Ley, Derecho consuetudinario, contrato, actuar precedente)[11]. Pero comenzaron ya tempranamente los intentos destinados a deducir *materialmente* los deberes jurídicos de evitar el resultado de la propia misión protectora del Derecho penal. Y así, se atendió al círculo de deberes sociales del omitente[12], al sano sentimiento popular[13] y a las necesidades de orden interno de las comunidades sociales[14]. El término provisional del desarrollo histórico-dogmático vino constituido por la teoría de *Nagler*[15]. Según ésta la equiparación es un problema de *complemento del tipo* del delito comisivo que se corresponde con el delito de omisión, por medio de elementos que caracterizan al omitente "como *garante* para el impedimento del resultado, al resultar obligado a convertir en inofensivas las energías hostiles al Derecho". Sobre esta base la teoría de los deberes de garante ha experimentado un nuevo refinamiento en la Dogmática reciente (vid., más detalladamente, *infra* § 59 IV).

---

[8] Sobre ello vid. *Jescheck/Goldmann*, ZStW 77 (1965) págs. 114 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 18; *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik págs. 7 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 684 ss.

[9] *v. Liszt*, Lehrbuch 6.ª ed. pág. 108.

[10] Así, *Kohler*, Studien Teil I págs. 46 ss.; *Traeger*, Unterlassungsdelikte pág. 21.

[11] Especialmente la jurisprudencia; vid. RG 58, 130 (131); 63, 392 (394); 74, 309 (311); todavía también BGH 2, 150 (153); 19, 167 (168). Asimismo, los manuales sobre los que aquélla se apoyaba: *v. Hippel*, Tomo II págs. 161 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, págs. 190 ss.; *M. E. Mayer*, Lehrbuch págs. 191 ss.; *Mezger*, Lehrbuch págs. 138 ss. Continuando todavía con este criterio, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 989 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 287; *Otto*, Grundkurs pág. 145; *Arzt*, JA 1980, pág. 648. Disiente *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 57.

[12] Al respecto vid. *Sauer*, Grundlagen pág. 460; *el mismo*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 220; *Kissin*, Die Rechtspflicht zum Handeln págs. 102 ss., 107 ss.

[13] Así, *Schaffstein*, Gleispach-Festschrift pág. 95. Críticamente, *Graf zu Dohna*, DStr 1939, págs. 142 ss.

[14] Así, *Dahm*, ZStW 59 (1940) págs. 170 ss.; *Boldt*, DR 1941, pág. 196.

[15] *Nagler*, GS 111 (1938) págs. 51, 59.

II. La distinción entre el hacer positivo y la omisión

1. Las normas jurídicas o son normas de prohibición o preceptivas. Mediante las *primeras* se veda una acción determinada; la infracción jurídica consiste en la realización de la norma prohibida. A través de las *segundas* es ordenada una acción concreta; la infracción jurídica consiste en la omisión de ese hacer[16]. **Todos los delitos omisivos son contravenciones de las normas preceptivas**[17].

Ejemplos: El § 142 I 2 prohibe el alejamiento del lugar del accidente antes de que finalice el plazo de espera y es, por ello, una norma prohibitiva; los § 142 II y III contienen el deber de posibilitar comprobaciones posteriores y, por ende, son normas preceptivas[18].

En Derecho penal predominan naturalmente las normas prohibitivas porque esencialmente no puede ser misión de las sanciones penales invitar a los destinatarios de las normas a la salvaguarda por medio de su intervención personal de los bienes jurídicos puestos en peligro. Con todo, no son pocos los tipos penales que contienen una omisión punible en el StGB (por ejemplo, §§ 138, 123 segundo supuesto, 174 ss., 264 I núm. 2, 265b I núm. 2, 266a II, 283 I núms. 5, 7b, 283b I núm. 3b, 323b I tercer supuesto, 315c I núm. 2g, 323c, 340 I segundo supuesto, 357 I tercer supuesto) y, especialmente, en el Derecho penal especial (vid., por ejemplo, §§ 401 AktG, § 21 I núm. 2 segundo supuesto StVG)[19]. Además, hay elementos del tipo en los que el hacer positivo y la omisión están agrupados (por ejemplo: § 266: infracción del deber de salvaguarda de intereses patrimoniales ajenos; § 353b II: dejar que otro acceda a una noticia secreta). Sin embargo, los

---

[16] Así, *Engisch*, Weltbild pág. 37 nota a pie núm. 70.

[17] Así, *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 3 ss.; *el mismo*, JuS 1961, págs. 173 ss.; *Gallas*, Studien págs. 32, 50; *Welzel*, Lehrbuch pág. 200; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1022; *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 90 antes del § 13; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 45 núm. 35; *Schmzdhäuser*, Allg. Teil pág. 659; *Vogel*, Norm und Pflicht págs. 93 ss. en contra de *Philipps*, Handlungsspielraum págs. 15 ss. De otra opinión, *R. Schmitt*, JZ 1959, pág. 432, que con la antigua doctrina admite que con el delito de omisión impropia se atenta *simultáneamente* contra una norma prohibitiva. Asimismo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 236; *Wessels*, Allg. Teil núm. 697.

[18] Por lo demás, también el § 142 I 2 es considerado por la doctrina mayoritaria como un delito de omisión propia (deber de permanecer y declaración de la intervención propia para posibilitar las comprobaciones): así, *Dreher/Tröndle*, § 142 núm. 6; *Lackner*, § 142 núm. 9; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 142 núm. 2; *SK (Rudolphi)* § 142 núm. 5; como en el texto *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil I § 49 núm. 5.

[19] En las leyes recientes las omisiones (impropias) aparecen con cierta frecuencia recogidas como infracciones administrativas, algo que está relacionado con el menor contenido de injusto de la infracción de deberes de información y similares; vid., por ejemplo, § 28 I núms. 2, 5, 6, 1 1, II núms. 1, 4 GastG.

delitos de omisión regulados por la Ley son superados en su significación práctica por los casos en los que la punibilidad del omitir no está expresamente prevista. La jurisprudencia y la doctrina aceptan de común acuerdo que la mayoría de los delitos de comisión a cuyo tipo pertenece un resultado de lesión o de peligro[20], pueden ser también cometidos por medio de la no evitación de dichos resultados en la medida en que exista un deber jurídico de intervenir. Más allá todavía se encuentra la opinión de que también en los delitos de simple actividad entra en consideración una comisión omisiva[21]. Para la solución de un caso de Derecho penal se plantea ante todo la cuestión, como aspecto relevante para el enjuiciamiento jurídico-penal, de si a partir de un acontecimiento determinado es posible extraer **un hacer positivo o una omisión**.

Ejemplo: Cuando alguien golpea al agresor en legítima defensa dejándolo tumbado y, a consecuencia de ello, se desangra, hay que pensar tanto en un homicidio cometido por un hacer positivo como a través de una omisión contraria a deber[22]. Si un abogado guarda silencio ante la tentativa de extorsión de sus colegas, puede entrar en consideración complicidad psíquica mediante un hacer positivo u omisión (a favor de lo primero BGH JZ 1983, pág. 462, con comentario aprobatorio (en cuanto al resultado) de *Sieber*, JZ 1983, pág. 437). También constituye un hacer positivo la entrega del volante a una persona incapaz de conducir (OLG Karlsruhe NJW 1980, pág. 1859).

2. Por regla general, la cuestión de si un hecho puede concebirse como un hacer o como una omisión, se contesta fácilmente de acuerdo con la *comprensión natural de las cosas*. No obstante, hay casos que no resultan claros a primera vista[23].

Ejemplos: En especial, los hechos imprudentes en los que la infracción del deber de cuidado consiste en una actuación llevada a cabo sin las debidas precauciones, pueden ser entendidos la mayoría de las veces bien como hacer positivo o bien como omisión (vid. los casos del farmacéutico, de la cocaína, del pelo infectado de cabra, del naturópa-

---

[20] Acerca de las excepciones vid. *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 14.

[21] Así, *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 161 antes del § 13; *Steiner,* MDR 1971, pág. 261; *Tenckhoff,* Spendel-Festschrift págs. 360 ss. En contra, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 133.

[22] Acerca de estos casos en los que existe una "sucesión de formas de conducta", *Welp,* Vorangegangenes Tun págs. 118 ss., 321 ss.; *Herzberg,* Unterlassung págs. 284 ss.

[23] En torno a lo que sigue vid. *Engisch,* Gallas-Festschrift págs. 168 ss.; *LK (11.ª)(Jescheck)* nota preliminar núm. 90 antes del § 13; *Samson,* Welzel-Festschrift págs. 579 ss.; *Spendel,* Eb. Schmidt-Festschrift págs. 183 ss.; *Ranft,* JuS 1963, págs. 340 ss.; *Meyer-Bahlburg,* GA 1968, pág. 49; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 45 núm. 30; *Kühl,* Allg. Teil § 18 núms. 13 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 5 ss antes del § 13; *Kienapfel,* Strafr. Probleme 2 págs. 83 ss.; *el mismo,* ÖJZ 1976, págs. 281 ss., con una rica exposición de casos.

ta y del ciclista expuestos *supra* § 55 II 2baa). Dudosos resultan, además, los siguientes supuestos: una mujer recoge de la taberna a su marido ebrio con la finalidad de llevarlo a casa, pero camino de ésta lo dejó atrás en un lugar peligroso a causa de una discusión surgida durante el trayecto; el marido, al intentar continuar el recorrido cayó en una acequia donde pereció ahogado (österr. OGH SSt Tomo 31 [1960] núm. 1). El acusado omitió en un escrito de queja el tratamiento de "señor" antes del nombre del juez de primera instancia (RG LZ 1915, pág. 446); alguien ignora la mano extendida para saludar; el tabernero sirvió alcohol a un conductor ebrio y posteriormente no le impide hacer el viaje a casa (BGH 19, 152). El amigo que se pone al volante del vehículo de un conductor ebrio por hacerle un favor, accede a la petición de éste de querer seguir conduciendo sólo (OLG Karlsruhe JZ 1960, pág. 178). El gerente de la empresa autoriza un viaje de trabajo a un conductor que carece de permiso de conducir (OLG Hamburg VRS 25, 433 [434]). Con ocasión de un accidente en la piscina alguien impide el rescate mediante violencia o engaño. El propietario de una casa prohibe violentamente la entrada a la misma a un niño que es perseguido por un perro furioso. El médico desconecta el aparato de respiración asistida a un paciente gravemente enfermo para conectarlo a otro con mayor esperanza de vida. El marido de una mujer moribunda desconecta el aparato de respiración asistida por expreso deseo de ésta (LG Ravensburg JZ 1988, pág. 207).

En supuestos dudosos como los expuestos, las reflexiones que siguen a continuación conducen al resultado correcto: Si alguien ha causado el resultado dolosa o imprudentemente por medio de un hacer positivo típicamente objetivo, entonces dicho hacer constituye para el Derecho penal un punto de partida decisivo (**criterio de la causalidad**)[24]. Únicamente cuando en relación con la acción positiva falta la antijuricidad o la culpabilidad, debe ser comprobado adicionalmente si el autor ha *omitido* un hacer positivo esperado con el que habría sido evitado el resultado[25].

---

[24] Asimismo, *Böhm,* Die Rechtspflicht zum Handeln págs. 18 ss.; *Grünwald,* Das unechte Unterlassungsdelikt págs. 21 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 28/1; *Fünfsinn,* Aufbau pág. 42; *Küpper,* Grenzen pág. 73; *Stoffers,* GA 1993, págs. 262 ss.; *Roxin,* ZStW 74 (1962) págs. 415 ss.; *Samson,* Welzel-Festschrift pp 589 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 7 antes del § 13; *Sieber,* JZ 1983, págs. 434 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 203; *Eser,* Strafrecht II núm. 25 A núm. 15; *Vogel,* Norm und Pflicht pág. 116. Sobre la actio libera in causa omisiva, *Bertel,* JZ 1965, págs. 53 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 144 antes del § 13; *Vogel,* Norm und Pflicht págs. 122 ss. Considerando que la distinción entre la acción y la omisión carece de significado político-criminal, *Volk,* Tröndle-Festschrift pág. 237. Crítico con el criterio de la causalidad, *Struensee,* Stree-Wessels-Festschrift págs. 140 ss.

[25] A decir verdad, la "pregunta de comprobación" de *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 700 ss., que suprime mentalmente la posibilidad de la acción y entonces se cuestiona si persiste un delito comisivo, parte asimismo del criterio de la causalidad reproducido en el texto. También el criterio de la "intervención de energía personal" al que atienden *Engisch,* Gallas-Festschrift págs. 170 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II núm. 30; *Otto/Brammsen,* Jura 1985, pág. 530 y

De acuerdo con ello, en el caso del farmacéutico[26], de la cocaína, del pelo infectado de cabra[27] y en el del ciclista, existe un hacer positivo contrario al deber de cuidado; en cambio, en el supuesto del naturópata hay que aceptar la omisión de un internamiento a tiempo en la clínica. En el caso del matrimonio es determinante la omisión de un acompañamiento posterior. La escritura de la carta sin la fórmula de tratamiento es un hacer positivo y la no aceptación del saludo una injuria por omisión. Con el cliente de la taberna el hecho de servir más alcohol al conductor ebrio puede ya ser un comportamiento positivo imprudente pero, posiblemente, sea decisivo el no impedir la continuación del viaje y, con ello, la omisión misma en tanto que el tabernero había reconocido posteriormente la completa embriaguez de su cliente. El amigo que cede nuevamente el volante no ha evitado la continuación del viaje por parte de quien no está en condiciones de conducir. El gerente de la empresa ha causado por medio de un hacer positivo (autorización) el viaje en condiciones de ebriedad. Asimismo, el impedimento del rescate es un hacer positivo como lo es, también, la prohibición de la entrada al niño que va a ser mordido por el perro[28]. En el supuesto del médico la doctrina mayoritaria acepta una omisión ("omisión a través de la acción") y sólo un hacer positivo cuando interviene un tercero no autorizado para ello[29]. El marido que en el hospital desconectó el aparato de respiración asistida conectado a su mujer moribunda y por expreso deseo de ésta, no fue considerado "tercero no autorizado" a causa de su relación de confianza con ella (LG Ravensburg, JZ 1988, 207 [208]). Correctamente, sin embargo, también hay que considerar como hacer positivo la actuación del médico y del marido, pues con su intervención interrumpen un auxilio que continuaría de modo

---

Gössel, ZStW 96 (1984) pág. 326, procede a una "prueba de la causalidad" en la medida en que parte de que sólo el hacer positivo puede ser causal. En el mismo sentido de *Engisch, Androulakis,* Unechte Unterlassungsdellkte págs. 55 ss. y *Welp,* Vorangegangenes Tun págs. 109 ss. En cuanto al resultado, también en el sentido del texto, *Kienapfel,* ÖJZ 1976, págs. 286 ss.

[26] Incorrectamente, sin embargo, *Mezger,* Lehrbuch pág. 116 nota a pie núm. 21, acepta aquí una omisión. Lo mismo hace el Obergericht Bern SchwJZ 1945, 42 (43) en un accidente de montaña por la falta de aseguramiento de una cuerda, así como el OLG Karlsruhe Die Justiz 1976, pág. 435, con quien se lleva a un niño pequeño en el coche sin cerrar el seguro de la puerta.

[27] Incorrectamente, a favor de la omisión, *Mezger,* Lehrbuch pág. 116 nota a pie núm. 21; *Eb. Schmidt,* Der Arzt im Strafrecht pág. 79. En el sentido del texto, no obstante, *Blei,* Allg. Teil pág. 311; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 237; *Engisch,* Gallas-Festschrift págs. 184 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 45 núm. 30; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 158 antes del § 13; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 700.

[28] De otra opinión, *Ranft,* JuS 1963, págs. 342 ss.; *Arthur Kaufmann/Hassemer,* JuS 1964, pág. 156. En el sentido del texto, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 135; *Roxin,* Engisch-Festschrift pág. 387; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 159 antes del § 13.

[29] Así, *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte págs. 107 ss.; *Engisch,* Gallas-Festschrift págs. 177 ss.; *Roxin,* Engisch-Festschrift págs. 395 ss.; *Geilen,* FamRZ 1968, pág. 125; *Welzel,* Lehrbuch págs. 203 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 704; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 160 antes del § 13; *v. Dellingshausen,* Sterbehilfe págs. 426 ss., 468. De otra opinión, *Stoffers,* MDR 1992, pág. 629.

automático[30]. Para la delimitación entre la acción y la omisión no puede ser decisivo con qué posibilidades de éxito contaba esa acción de auxilio. Por regla general, quien ante la comisión de un delito permanece inmóvil, limitándose a observarla, únicamente puede ser responsabilizado en virtud de omisión[31].

A un hacer positivo puede, naturalmente, seguirle una omisión dolosa; en este caso al autor se le castiga por los dos tipos penales (BGH 7, 287 [288]). También un comportamiento omisivo adecuado a Derecho puede ir acompañado de una omisión antijurídica imprudente (BGH 7, 268 [272]).

3. La jurisprudencia y la doctrina se orientan en este punto a fórmulas incontrolables que, más o menos, se conforman con una apelación al sentimiento jurídico. La opinión mayoritaria atiende al "centro de gravedad del comportamiento"[32]. *Eb. Schmidt* considera decisivo el "sentido social" del suceso[33]. *Spendel*[34] y *Arthur Kaufmann*[35] son de la opinión de que un comportamiento que contiene tanto elementos comisivos como omisivos hay que "ponerlo en duda" como hacer positivo. Ciertamente que también sobre la base de criterios de esa naturaleza se alcanza, por regla general, un resultado correcto, pero desde luego no suponen una ayuda real. Es por ello que la jurisprudencia se muestra aquí insegura (vid. BGH 6, 46 [59]; 8, 8 [10]; BGH NJW 1959, pág. 1979; OLG Stuttgart FamRZ 1959, pág. 74; OLG Karlsruhe GA 1980, pág. 429), algo que resulta tanto más criticable en la medida en que la decisión entre el hacer positivo y la omisión depende de si la punibilidad presupone un deber de garante (vid. *infra* § 59 IV), de si resulta suficiente un juicio de causalidad hipotética (vid. *infra* § 59 III 4) y de si interviene la posibilidad de atenuación de la pena prevista en el § 13 II (vid. *infra* § 58 V).

III. La distinción entre delitos de omisión propia e impropia

1. Los delitos de omisión se clasifican en dos grupos: los **delitos de omisión propia** (delicta omissiva) y los **delitos de omisión impropia** (delicta commissiva per omissionem).

---

[30] Así, *Bockelmann,* Strafrecht des Arztes págs. 112, 125 nota a pie núm. 45; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 239; *Blei,* Allg. Teil pág. 312; *Samson,* Welzel-Festschrift pág. 601; *Sax,* JZ 1975, págs. 137 ss.; *Vogel,* Norm und Pfllcht pág. 120.

[31] Así, acertadamente, *Sieber,* JZ 1983, págs. 434 ss.

[32] Así, BGH 6, 46 (59); OLG Stuttgart FamRZ 1959, pág. 74; OLG Karlsruhe GA 1980, 429 (431); también, österr. OGH JBl 1989, pág. 457; *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 112; *Blei,* Allg. Teil pág. 310; *Ranft,* JuS 1963, págs. 340 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 158 antes del § 13; *Wessels,* Allg. Teil núm. 700.

[33] *Eb. Schmidt,* Der Arzt im Strafrecht págs. 75 ss., 160 ss. Asimismo, *LK (9.ª) (Helmann-Trosien)* Introducción, núm. 135; *Meyer-Bahlburg,* GA 1968, pág. 49; *Geilen,* JZ 1968, pág. 151; *Lenckner,* Med. Klinik 64 (1969) págs. 1004 ss.

[34] *Spendel,* Eb. Schmidt-Festschrift pág. 194.

[35] *Arthur Kaufmann,* Eb. Schmidt-Festschrift pág. 212.

La distinción se remonta a *Luden*[36]. Este autor divisó la esencia de los delitos de omisión propia en que consistían sencillamente en la contravención de un mandato, no encontrándose dirigidos a la lesión de derechos subjetivos ajenos; en cambio, lo característico de los "delitos que son cometidos a través de acciones omisivas" es su dirección hacia la lesión del bien jurídico. El "carácter impropio" del segundo grupo reside según ello en que aquí el autor no se limita a una pura rebeldía sino que por medio de su inactividad realiza un resultado que, normalmente, es ocasionado a través de un hacer positivo. De acuerdo con este punto de vista, pues, los delitos de omisión impropia son "auténticos" delitos de comisión.

2. Hoy en día resulta discutida la cuestión de dónde reside la diferencia entre los delitos de omisión propia e impropia. Correctamente, en adhesión a la concepción que al respecto se ha suministrado, hay que considerar como delitos de omisión propia aquellos cuyo contenido se agota en la **no realización de una acción exigida por la Ley** (BGH 14, 280 [281])[37]. Es cierto que, en última instancia, con la acción demandada puede ser evitado un resultado negativamente valorado por el Ordenamiento jurídico, pero el legislador no convierte dicha evitación en un deber para el omitente ni, en consecuencia, el acaecimiento de un resultado determinado en un elemento del tipo. Los delitos de omisión impropia son así el equivalente a los delitos de mera actividad (vid. *supra* § 26 II 1b).

Ejemplos: El § 138 exige a cualquiera el deber de interponer a tiempo una denuncia ante la autoridad o de dar cuenta al amenazado si tiene conocimiento del proyecto de comisión de un determinado delito grave, sin demandar la *evitación* del hecho. De conformidad con el § 323c, en un accidente todo el mundo debe prestar la mejor ayuda posible que resulta exigible (BGH 21, 50 [54]) sin consideración a si de esta forma el "resultado" (por ejemplo, la muerte del accidentado) tendrá lugar o no (BGH 17, 166 [172]). Por ende, la prestación de auxilio únicamente puede consistir en un apoyo moral cuando éste es idóneo para reforzar la voluntad de supervivencia (OLG Stuttgart MDR 1964, pág. 1024).

---

[36] *Luden*, Abhandlungen Tomo II págs. 219 ss.

[37] Como aquí, *Blei*, Allg. Teil pág. 313; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 133; *Böhm*, JuS 1961, pág. 178; *Gallas*, Deutsche Landesreferate pág. 349; *Georgakis*, Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht págs. 15 ss.; *LK (9.ª) (Helmann-Trosien)* Introducción núm. 1, núm. 43; *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 91 antes del § 13; *Meister*, MDR 1953, pág. 658; *M. E. Mayer*, Lehrbuch pág. 190; *Kienapfel*, Strafr. Probleme 2 págs. 79 ss.; *Vogt*, ZStW 63 (1951) pág. 404; *Wessels*, Allg. Teil núms. 696 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 10 antes del § 13; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen págs. 56 ss., 115 ss. En el mismo sentido están concebidos los § 13 y § 12 AE. Vid. también *Jescheck/Goldmann*, ZStW 77 (1965) págs. 121 ss. Asimismo, *Cadoppi*, Il reato omissivo proprio Tomo I págs. 111 ss. Acerca de la Dogmática de los delitos de omisión propia, además, *Welzel*, NJW 1953, págs. 327 ss.

Por el contrario, en los delitos de omisión *impropia* al "garante" le es impuesto un **deber de evitar el resultado**. El acaecimiento de éste pertenece al tipo y el garante que infringe dicho deber es responsabilizado penalmente por el resultado típico sobrevenido. Los delitos de omisión impropia son, por ello, el equivalente a los delitos de resultado (vid. *supra* § 26 II 1a).

Ejemplos: El funcionario de policía competente para ello que tiene conocimiento fidedigno de la comisión inminente de un delito grave debe evitar el hecho, poniendo incluso en peligro su vida en caso necesario, pues de lo contrario sería punible por complicidad en el delito perpetrado. El conductor que ha causado un accidente debe procurar asistencia médica para los accidentados; de no ser así puede responder por un homicidio doloso (BGH 7, 287 [288]).

Los argumentos contrarios, que tienen su apoyo en la praxis judicial, no resultan contundentes. En el encubrimiento real cometido mediante omisión (§ 257)[38] debe ser demostrada la idoneidad objetiva de la acción esperada para permitir al autor del hecho previo beneficiarse de sus ventajas[39]. Así pues, con la omisión, como mínimo, no se debe haber evitado el peligro concreto de una mejora de la situación del autor del hecho previo. El abuso de menores por medio de la tolerancia en la comisión de acciones obscenas (RG 10, 158 [160]; BGH 5, 147 [149])[40] es un delito de omisión propia y no impropia. En la "injuria por omisión" o se trata de un delito de omisión propia (comprendido por el § 185) o no hay injuria de ningún tipo[41]. En los supuestos de receptación (RG 52, 204; OLG Celle HESt 1, 110) el resultado consiste, al igual que en la participación por omisión, en el apoyo del hecho principal[42].

Materialmente más correcta que la denominación de delito de omisión "propia" e "impropia" sería por ello la de delito omisivo "*simple*" y "*cualificado*"[43].

---

[38] En este aspecto se basa la opinión contraria de *R. Schmitt*, JZ 1959, pág. 432.

[39] De forma correlativa se exige para el encubrimiento real por medio de un hacer positivo la idoneidad objetiva de la acción para favorecer al autor del hecho previo; vid. *Lackner*, § 257 núm. 3; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 101 núm. 6 y (en relación con el § 257 en su redacción anterior) RG 36, 76 (77); 58, 13 (15); 76, 122 (123); BGH 4, 221 (225); BGH NJW 1971, pág. 526; *Kohlrausch/Lange*, § 257 comentario IV.

[40] A éste y a los casos siguientes hace mención *Meyer-Bahlburg*, MschrKrim 1965, pág. 247.

[41] *Hirsch*, Ehre und Beleidigung págs. 238 ss.

[42] Sobre ello vid. *Bockelmann*, Untersuchungen pág. 126; *Androulakis*, Unechte Unterlassungsdelikte pág. 164.

[43] Así, *Drost*, GS 190 (1937) págs. 7 ss.; de forma similar ya anteriormente, *Landsberg*, Commissivdelikte durch Unterlassung págs. 181 ss., quien diferencia entre delito de omisión "pura" y "referida a las consecuencias". A favor de la denominación de delito omisivo "primario" y "secundario", *Jakobs*, Allg. Teil 28/9, 12. A favor de la del delito de omisión "equivalente al comisivo" en lugar de "impropio", *Freund*, Erfolgsdelikt pág. 141, nota a pie núm. 29.

Pero la denominación habitual está tan arraigada que no debería renunciarse a ella a pesar de que la fundamentación originaria, según la cual, el delito de omisión impropia sería un "auténtico" delito comisivo, hoy ya no pueda seguir manteniéndose[44].

3. De acuerdo con la opinión contraria los delitos de omisión propia e impropia sólo deben ser distinguidos siguiendo un criterio externo-formal. Según éste los delitos de omisión propia han encontrado su regulación **en la Ley**, los impropios, por el contrario, son creados por la jurisprudencia y la doctrina **fuera de la Ley**[45]. A ello hay que oponer que con este criterio se diluye la distinción material entre ambas clases de delitos, pues también la Ley contiene (por ejemplo, el § 223b, en su última alternativa[46]) casos en los que la punibilidad de la omisión depende del advenimiento de un resultado concreto (vid. *infra* § 58 III 4). También la concepción defendida por muchos, según la cual, la diferencia radica en que el autor infringe una norma preceptiva (delito de omisión propia) o una norma prohibitiva (delito de omisión impropia)[47], no tiene en cuenta el contenido material de la norma correspondiente (mandato destinado a evitar un comportamiento o un resultado).

Asimismo, la cuestión de si es o no necesaria la infracción de un deber de garante no puede suministrar el elemento diferenciador[48], pues lo que se busca es precisamente la respuesta a la pregunta de *cuándo* y *por qué* se exige la posición de garante como elemento adicional del tipo para la punibilidad de la omisión. Finalmente, tampoco aporta la solución el punto de vista "lógico-material" de acuerdo con el cual hay que diferenciar en virtud de la equiparación o no de la omisión al delito comisivo[49], porque tampoco el delito de omisión impropia posee el mismo valor que la comisión por medio de un hacer positivo.

---

[44] Enérgicamente en contra de la terminología usual, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 658, quien, al igual que aquí, distingue entre omisión "sin resultado y referida al resultado".

[45] Así, *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 206 ss., 275 ss.; *el mismo*, JuS 1961, pág. 174; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 45 núm. 38; *Jakobs*, Allg. Teil 28/9; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 137 antes del § 13; *R. Schmitt*, JZ 1959, pág. 432; *Welzel*, Lehrbuch págs. 202 ss. *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 987, interpreta el problema en su conjunto como una cuestión de la adecuación al fin.

[46] La remisión debe entenderse referida al vigente § 225 StGB (N del T).

[47] Así, sin embargo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 197 ss.; *v. Hippel*, Tomo II págs. 153 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 173.

[48] Vid., no obstante, *J. Schwarz*, Echte und unechte Unterlassungsdelikte pág. 104. Advierte con razón *Meyer-Bahlburg*, GA 1966, págs. 204 ss., que también son encontrados rasgos distintivos del deber de garante en los delitos de omisión propia.

[49] Así, *Schünemann*, ZStW 96 (1984) págs. 302 ss.

4. El StGB contiene una multitud de *delitos de omisión propia*. Hay que mencionar especialmente la permanencia indebida en el allanamiento de morada (§ 123, segunda alternativa), la omisión del deber de denuncia (§ 138), numerosos delitos sexuales (§ 174 ss., a través de la expresión "o permite realizar sobre sí mismo"), el no posibilitar comprobaciones posteriores tras el alejamiento del lugar del accidente (§ 142 II), el fraude de subvenciones (§ 264 I núm. 2[50]) y de créditos (§ 265b I núm. 2), la estafa de inversión por medio de la ocultación de hechos posteriores (§ 264a I), la quiebra (§ 283 I núms. 5, 7b), la infracción de obligaciones contables (§ 283b I núms. 2, 3b) y la omisión del deber de socorro (§ 323c). También en otros cuerpos legales se encuentran delitos de omisión propia como sucede con la desobediencia del § 20 I núm. 2 WStG, la omisión de la interposición de la solicitud de quiebra en el § 84 GmbHG y la infracción de deber por parte de los miembros de la junta directiva del § 401 AktG. Además, en determinados delitos de actividad la jurisprudencia ha llegado por vía interpretativa a la conclusión de que en ciertos delitos de actividad el tipo también puede ser cometido por medio de una simple actitud pasiva, tal y como sucede con el cohecho (§ 336).

El StGB conoce, además, numerosos *delitos de omisión impropia*. Aquí el legislador mismo ha determinado qué y bajo qué condiciones la no evitación del resultado típico es equiparada a su producción por medio de un hacer positivo. Deben mencionarse así la automutilación (§ 109, segunda forma de acción), el daño a la salud de parientes por medio de la desatención de su deber de custodia (§ 223b tercera forma de acción[51]), la puesta en peligro del tráfico viario por medio de la no señalización de vehículos detenidos (§ 315c I núm. 2g), el permitir que se cometa una lesión corporal en el ámbito de la función pública (§ 340) y la pasividad ante la comisión de delitos contra la función pública (§ 357). Junto a ellos hay delitos de omisión impropia que no poseen correspondencia alguna con un delito comisivo, tal y como sucede con la infracción del deber de asistencia o formación frente a personas menores de 16 años (§ 170d[52]). Los delitos de omisión impropia también aparecen en otras leyes como, por ejemplo, la desobediencia en la WStG (§ 19), el incumplimiento de una orden por temeridad grave (§ 21), la tolerancia de un maltrato o tratamiento indigno de subordinados (§§ 30 II, 31 III), la deficiente vigilancia durante el servicio (§ 41) y en el § 370 I núms. 2 y 3 AO 1977, la reducción de ingresos fiscales (BGH 23, 319 [322]). Mayor significado todavía poseen los casos no regulados en la Ley en los que la jurisprudencia castiga la no evitación del resultado típico de acuerdo con la disposición penal del delito comisivo correspondiente.

---

[50] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 264 I núm. 3(N del T).

[51] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 225 (N del T).

[52] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 171 (N del T).

IV. La función de garantía de la Ley penal en los delitos de omisión impropia no regulados legalmente

1. En el delito de omisión impropia el resultado típico es imputado al garante que no ha impedido el ocasionamiento de éste, como si él mismo lo hubiera provocado mediante un hacer positivo. En las disposiciones penales anteriormente citadas el legislador ha equiparado expresamente la no evitación del resultado con su causación a través de una intervención activa. Hay además algunos tipos delictivos de resultado que, *de acuerdo con su tenor literal*, son también aplicables a una omisión y no sólo a un hacer positivo; así sucede, por ejemplo, con la administración desleal manifestada por el representante legal de una persona que omite solicitar la devolución de impuestos (§ 266 en su alternativa segunda), así como la producción de una falsedad documental (§ 271) si el autor permite que ésta se cometa contrariamente a su deber jurídico. Esta clase de tipos penales, sin embargo, son una excepción. Por regla general las normas penales sólo describen la causación del resultado mediante un comportamiento positivo y no la omisión de un hacer esperado. De ahí que para su aplicación a los supuestos de omisión contraria a deber, el **tenor literal de los delitos comisivos** debió ser **modificado** en tres sentidos: en primer lugar, se partió del presupuesto de que *en ningún caso* los tipos comisivos podían ser realizados a través de la no evitación del resultado; en segundo lugar, dado que cualquiera no puede ser autor de un delito de omisión impropia, fue fijado por medio de elementos restrictivos el círculo de *garantes* que pueden ser considerados autores; finalmente, fue necesario aceptar que para la imputación objetiva bastaba con una *relación de causalidad hipotética*.

2. De acuerdo con lo dicho, la adaptación necesaria de los delitos de resultado que presupone un hacer positivo a las especialidades propias de la no evitación del resultado típico fue aceptada sin inconvenientes por la **práctica judicial** a través del correspondiente **complemento del tipo** (BGH 16, 155 [158])[53]. La cuestión de la compatibilidad de este proceder con la función de garantía de la Ley penal (art. 103 II GG) se planteó bajo dos puntos de vista[54]. Por una parte existió la duda de si por lo general podían ser

[53] Vid. *Nagler* GS 111 (1938), págs. 51 ss.; *Herzberg*, Unterlassung pág. 196; *Gallas*, JZ 1952, pág. 373; *Kohlrausch/Lange*, System. nota preliminar II B II 3; *LK (8.ª)(Mezger)* Introducción pág. 34; *Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht pág. 80; *Schaffstein*, Göttinger Festschrift pág. 202; *Schünemann*, Grund und Grenzen págs. 244 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 209.

[54] Especialmente crítico, *H. Mayer*, Materialen Tomo I pág. 277; *el mismo*, Grundriß pág. 80; *Grünwald*, ZStW 70 (1958) pág. 418; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 988; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen págs. 277 ss. De otra opinión —naturalmente, sobre la base de una "interpretación correctiva del art. 103 II GG"—, *Nickel*, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte págs. 179 ss.

reconocidos delitos de omisión impropia no regulados legalmente, así como de si la causalidad real del hacer positivo podía ser sustituida por la de carácter hipotético que rige en la omisión (acerca de la cuestión de su compatibilidad con la *prohibición de analogía* vid. *supra* § 15 III 2a). Por otra, se objetó que la delimitación del círculo de autores a través de los elementos de la posición de garante empleados por la jurisprudencia no podía ser llevada a cabo de una forma lo suficientemente inequívoca como para dejar claros los presupuestos de la punibilidad (sobre la cuestión de su compatibilidad con *el mandato de determinación* vid. *supra* § 15 III 2a). Mientras que en la jurisprudencia el problema de la compatibilidad del principio de legalidad con los delitos de omisión impropia no regulados legalmente no fue nunca puesta en duda (en este sentido ya, RG 10, 100 [101]), en cambio la Ciencia hizo sentir fuertemente las tensiones claramente existentes que fueron expuestas en esta obra (al respecto vid. la 2.ª ed. págs. 461 ss.). Finalmente, el reconocimiento de los delitos de omisión impropia fue entendido por la doctrina mayoritaria como una interpretación admisible, con base en el Derecho consuetudinario, de los tipos correspondientes a los delitos comisivos[55].

3. Esa doble duda relativa a la compatibilidad del **principio de legalidad** con el delito de omisión impropia no regulado en la Ley tuvo que ser eliminada en 1975 a través del nuevo § 13 (vid. BT-Drucksache V/4095)[56]. De este modo, además, le tuvieron que ser suministradas a la jurisprudencia algunas indicaciones acerca de cuál era la visión del legislador acerca de los requisitos para la aplicación del delito de omisión impropia[57]. Ambos objetivos se han cumplido hasta un cierto punto. Ya no están fundamentadas las objeciones relativas a la **prohibición de la analogía**[58], pues el legislador ha declarado expresamente en el § 13 que de acuerdo con el Código penal también debe ser responsable como autor quien frente a la existencia de un deber jurídico no evita el resultado del tipo. Con ello se reconoce simultáneamente que para la comprobación de la causalidad basta con un juicio hipotético sobre ésta, algo que en todo caso sólo puede ser un juicio sobre la probabilidad[59].

---

[55] Vid., por ejemplo, *Baumann,* Allg. Teil 5.ª ed. pág. 230; *Böhm,* JuS 1961, pág. 179; *Engisch,* JZ 1962, pág. 192; *Gallas,* ZStW 80 (1968) pág. 20; *Meyer-Bahlburg,* Unterlassungsdellkte págs. 151 ss.; *Schönke/Schröder,* 17.ª ed. comentario introductorio a la Parte General.

[56] Vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 242; *Dreher/Tröndle,* § 13 núm. 3; *Jescheck,* SchwZStr 91 (1975) pág. 23; *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núm. 1; *Preisendanz,* § 13 comentario I; *Lackner,* 13 núm. 1; *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núms. 5 ss.; *Roxin,* Einführung pág. 2; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 1 ss.; *WK (Nowakowski)* nota preliminar núm. 2 antes del § 2.

[57] Vid. E 1962 Begründung pág. 124; *Schwalm,* Niederschriften Tomo XII pág. 76.

[58] Asimismo, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 137; *Dreher/Tröndle,* § 13 núm. 3; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 13; *Roxin,* Einführung págs. 2 ss.; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 3; *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núm. 5. Incorrectamente entiende *Otto,* Grundkurs pág. 148 que el § 13 carece de sentido.

[59] Por medio del § 13 se legitima la tradición legislativa que también se encuentra en Derecho extranjero. Desde comienzos del siglo XIX la acción y la omisión han sido equiparadas en la

4. Sin embargo, por medio del § 13 todavía no se satisface en toda su extensión el **mandato de determinación**[60], a pesar de que quedó claro que la exigencia destinada a evitar el resultado que desencadena el deber de acción debe ser de naturaleza *jurídica* (y no sólo moral) y de que en los delitos de resultado con características especiales de la acción hay que examinar adicionalmente si la omisión se corresponde con la realización del tipo por medio de una acción. Lo que todavía falta para el pleno cumplimiento del mandato de determinación es, por un lado, la descripción más precisa de las posiciones de garante de las que se deriva el deber de evitar el resultado y, por otro, la caracterización de las circunstancias a las que está referido el examen de la equivalencia entre la omisión y la acción. Sin embargo, en ambas direcciones el estado actual de la Dogmática no permite alcanzar una conclusión definitiva en la Parte General[61], por lo que no puede ser

legislación en muchas ocasiones; vid., por ejemplo, el art. 97 del Código criminal para Holanda de 1809 y el § 4 del Código penal de Brunswick de 1840. En el proyecto de StGB prusiano de 1851 fue eliminada la norma equiparadora únicamente por causa de un malentendido y en el RStGB de 1871 la disposición correspondiente no fue asumida únicamente porque, en coincidencia con la jurisprudencia y la doctrina, la aplicabilidad de los tipos de comisión a las omisiones infractoras que no impedían el resultado fue entendida como algo evidente por sí mismo; al respecto vid. *Clemens*, Unterlassungsdelikte págs. 17 ss., 34 ss.; *Binding*, Der Entwurf págs. 42 ss. Vid. en Derecho extranjero el § 2 österr. StGB; art. 40 II C.p. italiano de 1930; art. 10 núm. 2 C.p. portugués; art. 13, párrafo segundo, C.p. brasileño; Sección 2.01 III del Código penal modelo para los EE.UU. de 1962; art. 10 del Anteproyecto suizo de 1987. Sobre todo ello vid. *Jescheck*, Tröndle-Festschrift págs. 795 ss.

[60] Asimismo, *Eser*, Strafrecht II núm. 26 A núm. 9; *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) pág. 24; *Lackner*, § 13 núm. 21; *Roxin*, Einführung pág. 3; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núms. 5 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 988; *Fünfsinn*, Aufbau págs. 20 ss. Expresándose más positivamente, *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 3 y *Jakobs*, Allg. Teil 29/4 y 5. Críticamente, sobre todo, *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen págs. 324 ss. Defendiendo la inconstitucionalidad del § 13 *Schürmann*, Unterlassungsstrafbarkeit pág. 190. Entendiendo que sólo la remisión a deberes jurídicos formales (Ley y contrato) es compatible con el art. 103 II GG, *Seebode*, Spendel-Festschrift pág. 345. En general, acerca del mandato de determinación, BVerfGE 26, 41 (43) (relativa al § 360 I núm. 11 StGB en su redacción anterior).

[61] Expresamente en este sentido vid. BT-Drucksache V/4095 pág. 8. La totalidad de los intentos de regulación de la posición de garante han sido hasta ahora insatisfactorios. Esto rige tanto para la remisión del problema a la Parte Especial (así, *Grünwald*, ZStW 70 [1958] págs. 425 ss.; *Busch*, v. Weber-Festschrift págs. 192 ss.; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen págs. 243 ss.; *Huerta Tocildo*, Problemas fundamentales, pág. 189; en contra, *Meyer-Bahlburg*, MschrKrim 1965, pág. 252) como para una regulación concreta en la Parte General (así, § 12 AE; mostrándose escéptico incluso su propio autor [pág. 203]; sobre ello vid. *Herzberg*, Die Unterlassung pág. 362), así como también, finalmente, para la improductiva y sintética fórmula de *Schünemann*, Grund und Grenzen pág. 380. La propuesta de regulación legal de *Jescheck*, 140 Jahre GA pág. 128, menciona como causas que dan origen a los deberes de garante la "custodia del bien jurídico

exigido al legislador más que una cláusula general que sea inequívoca en su estructura. Por lo menos, de los delitos de omisión impropia regulados legalmente (vid. supra § 58 III 4) se derivan algunos puntos de apoyo para la determinación de los principios que deben inspirar la solución de los casos no previstos expresamente por la Ley. De ahí que, provisionalmente, haya que conformarse con el grado de determinación que la jurisprudencia y la doctrina han alcanzado en el tratamiento de los elementos de la posición de garante, puesto que por esta vía siempre se podrá garantizar más la seguridad jurídica (vid. *infra* § 59 IV). Tampoco puede ser objetado el debilitamiento del requisito de la causalidad pues en la omisión no es imaginable algo que supere a un juicio de probabilidad en la evitación del resultado[62], y la idea de "la probabilidad rayana en la seguridad" presenta el más alto grado de certeza que puede alcanzarse por el conocimiento humano en los juicios hipotéticos (vid. *infra* § 59 III 4). También en muchos casos en los que se da un comportamiento activo como, por ejemplo, el hecho de impedir una acción de rescate, se recurre a si ésta habría conducido al impedimento del resultado con una probabilidad cercana a la seguridad. Únicamente habría sido posible, exigible y formulable, una mayor claridad de la cláusula de equivalencia en relación con el examen de la correspondencia entre la omisión y el hacer positivo (vid. al respecto *infra* § 59 V)[63].

V. La atenuación facultativa de la pena en los delitos de omisión impropia

1. En correspondencia con una extendida exigencia de la doctrina (vid. la 2.ª ed. de esta obra, pág. 463 nota a pie núm. 58) el legislador ha previsto en el § 13 II una cláusula de atenuación facultativa de la pena para los delitos de omisión impropia. Al igual que en la tentativa (§ 23 II) consiste en que, en lugar del ordinario, puede entrar en juego el marco punitivo del § 49 I. La posibilidad de atenuación descansa sobre la circunstancia de que, **por regla general, el contenido de culpabilidad** de la omisión es inferior al del hacer positivo; el autor que traslada al hecho su ressolución delictiva por medio de una acción positiva muestra generalmente una actitud interna más hostil al Derecho que aquel que, en

protegido" y "el peligro cercano en la zona de influencia del omitente"; además, la fórmula de equivalencia del § 13, inciso segundo, está referida a los elementos especiales de la acción en los delitos de resultado. Con carácter general acerca de los presupuestos que dan origen a los deberes de garante vid. la obra del mismo título de *Brammsen*, 1986.

[62] Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 68, 136.

[63] Vid. *Jescheck*, SchwZStr 91 (1975) págs. 24 ss.

contra de su deber de garante destinado a evitar el resultado, permanece inactivo ante un acontecimiento que se encamina a la realización del resultado típico[64]. En principio, ello rige tanto para los delitos de causación pura como para los de resultado que poseen elementos especiales de la acción. **Excepcionalmente**, también el **contenido de injusto** del delito de omisión impropia puede ser menor que el de su correlativa infracción comisiva, a pesar de que el § 13 descansa sobre la plena equiparación entre el injusto de acción y el de resultado[65]. No obstante la existencia de una infracción del deber de garante, en el delito de resultado el "injusto de acción" de la omisión punible puede poseer un menor peso específico que en la infracción comisiva correspondiente (el injusto de acción es mayor allí el marido empuja a la mujer al agua con intención homicida que en el caso en el que simplimente no la rescata); también en los delitos de resultado en los que se describe una acción especial sólo se requiere, en el marco de la cláusula de equivalencia, una "correspondencia" pero no una equiparación total[66].

2. Acertadamente, en el § 13 II sólo se ha previsto una atenuación **facultativa** de la pena porque en muchos casos de delitos de omisión impropia ni el contenido de injusto ni el de culpabilidad son inferiores a los de los correspondientes delitos comisivos[67]. Ello es aplicable tanto a las infracciones dolosas como a las imprudentes.

Ejemplos: La madre deja desatendidos a sus hijos en una vivienda cerrada y sin califacción a consecuencia de lo cual el más joven muere y el otro sufre graves daños para su salud (BGH 21, 44; a pesar de que, naturalmente, el cuidado de los hijos es lo "normal", la situación social especialmente desfavorable de la madre puede justificar la atenuación de la pena de acuerdo con el § 13 II; BGH JR 1982, pág. 464 con comentario

---

[64] Detalladamente sobre la cuestión, *Bruns*, Tröndle-Festschrift págs. 125 ss. Además, *Dreher/Tröndle*, § 13 núm. 20; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 300 ss.; *Lackner*, § 13 núm. 17; *Preisendanz*, § 13 comentario IX; *Roxin*, Einführung págs. 8 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 64; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 65; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 659. Manifestando sus dudas, *Jakobs*, Allg. Teil 29/123 ss.; *AK (Seelmann)* § 13 núms. 146 ss. Crítico sobre todo con la justificación de la atenuación de la pena, *Timpe*, Strafmilderung págs. 161 ss.

[65] Al respecto vid. *Herzberg*, Die Unterlassung págs. 7 ss.

[66] La redacción de la cláusula de correspondencia descansa sobre la idea de poder legitimar la posibilidad de atenuación de acuerdo con el § 13 II mientras que, en cambio, el § 13 E 1962 exige todavía la "equivalencia" y, en consecuencia, excluyó tal posibilidad (vid. su Fundamentación pág. 126).

[67] *Roxin*, Einführung pág. 9, advierte con razón que entonces la atenuación de la pena no puede ser tenida en cuenta cuando al omitente sólo se le exige una actividad "con la que desde un principio se cuenta en el acontecer normal de la vida (restringidamente al respecto, sin embargo, BGH JR 1982, pág. 464). Vid. también *Metzen*, Problematik und Funktion págs. 166 ss.

aprobatorio de *Bruns*). El guardagujas que por descuido deja entrar a un tren rápido en la vía equivocada de modo que colisiona con otro tren que circula en sentido contrario transportando personas.

3. Al igual que en la fijación de la pena de la tentativa (vid. *supra* § 49 V 2), en los delitos de omisión impropia el juez debe adoptar **dos decisiones** en torno a aquélla[68]. Por un lado, de conformidad con el § 13 II hay que examinar si la posibilidad de atenuación puede adoptarse en la sentencia. Al respecto sólo hay que cuestionarse si el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho merece en su cualidad de *omisión* un enjuiciamiento más benigno (BGH JR 1982, pág. 465: "circunstancias relacionadas con la omisión"). Por otro, si se ha hecho uso del marco punitivo atenuado en beneficio del omitente hay que tener en cuenta dentro de sus límites todas las circunstancias restantes que sean determinantes para la fijación de la pena (pero ahora no aquellas que estén relacionadas con la omisión).

4. La **atenuación de la pena**, de acuerdo con el § 13 II, **no rige** para los delitos de omisión propia ni tampoco para aquellos delitos de actividad que pueden ser cometidos por omisión (por ejemplo, §§ 153, 154, 163, 336[69]). Además, el § 13 II no entra en consideración para aquellos delitos de omisión impropia que se encuentran completamente regulados en el StGB o en otras leyes porque para estos casos el legislador ya ha fijado definitivamente el marco de la pena (vid. *supra* § 58 III 4) (no obstante, a favor de la aplicación del § 13 II en el delito de administración fraudulenta cometida por omisión BGH 36, 227 con comentario de *Timpe*, JR 1990, pág. 428; la cuestión se deja abierta en la BGH NJW 1982, 2881 [2882])[70].

VI. Derecho extranjero

El *Derecho extranjero*[71] presenta múltiples contornos similares al alemán en la regulación de los delitos de omisión impropia, pero en aquél se detecta la tendencia a delimitar

[68] Vid. *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 66; *Bruns*, JR 1982, pág. 466; *el mismo*, Tröndle-Festschrift págs. 131 ss.

[69] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 339 (N del T).

[70] En el sentido del texto, *Lackner*, § 13 núm.19; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 4 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 13 núm. 3; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 1a. Por el contrario, siguiendo al BGH *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núms. 143 ss.; *Schünemann*, ZStW 96 (1984) págs. 303 nota a pie núm. 50, 317.

[71] Vid. más detalladamente sobre la cuestión *Jescheck/Goldmann*, ZStW 77 (1965) págs. 109 ss.; además, Rev int dr pén 1984, pág. 473, con los informes de los Estados y la ponencia

más estrechamente el círculo de deberes de garante y, en parte también, a garantizar sólo la protección jurídico-penal de bienes de especial importancia como el cuerpo y la vida frente a las infracciones de deber cometidas por omisión (así, sobre todo, el Derecho *norteamericano*). El StGB *austríaco* contiene en el § 2 una disposición sobre la "comisión por omisión" que imita al § 13 pero que ha mantenido la rigurosa cláusula de equivalencia del E 1962[72]. El StGB *suizo* no conoce una disposición que se corresponda con el § 13 pero trata los problemas de forma similar a como lo hace el alemán[73] (BGE 74 [1948] IV 166, E. 1; 96 [1970] IV 174 [Caso Bührli]); de modo diverso, sin embargo, el art. 10 del Anteproyecto de 1987 restringe las fuentes del deber de garante a la Ley, a su asunción voluntaria y al actuar precedente. Una posición especial ocupan *Francia* y *Bélgica* porque en estos países la omisión únicamente es castigada en los supuestos previstos legalmente (Cour de Poitiers 20.11.1901, D.pág. 1902, II, pág. 81; Cour de Cassation [belga] de 6.5.1901, Pasicrisie I, 225 [Affaire Haack])[74]. Las lagunas de punibilidad que de este modo se originan son cubiertas en gran medida mediante una reinterpretación de los delitos dolosos de omisión como delitos imprudentes de comisión, así como por medio de una concepción amplia de los tipos de omisión propia. A ello no está ligado un mayor beneficio de seguridad jurídica sino que, más bien, la extensión desmesurada del deber de prestación de auxilio conforme al art. 63 II del C.p. francés de 1810 muestra las desventajas de una regulación similar[75]. También el Código penal de 1994 contiene sólo delitos de omisión propia (arts. 223-6, 434-11). En *España*, ciertamente, se alzan ciertas objeciones también sobre la base del principio de legalidad frente a la admisión de delitos de omisión impropia no previstos por la Ley, pero la doctrina presenta el mismo estado que la alemana[76]. Lo mismo sucede con la doctrina *italiana* sobre la base de la

---

general realizada por *Novoa Monreal* sobre el tema "Infractions d'omission" del XIII. Congreso Internacional de Derecho Penal. Acerca del anterior Derecho yugoslavo *Separoviè*, ZStW 77 (1965) págs. 149 ss.

[72] *WK (Nowakowski)* § 2 núms. 1 ss.; *Kienapfel*, Strafr. Probleme 2 págs. 77 ss.; *el mismo*, JBl 1975, págs. 13, 80; *el mismo*, ÖJZ 1976, pág. 197.

[73] Vid. *Schultz*, Einführung I págs. 127 ss., 140 ss.; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht Allg. Teil I págs. 370 ss.

[74] En relación con Francia vid. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 173; acerca de Bélgica vid. *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núm. 163; *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 300 ss. (quien ya se remite al § 13 dt. StGB).

[75] Vid. el discutido caso del médico resuelto por la Cass. 15.3.1961, 610. Acerca de los delitos de omisión propia regulados legalmente en el art. 62 C.pág. 1810 (omisión del deber de denuncia de delitos) y en el art. 63 C.pág. 1810 (omisión del deber de socorro) *Stefani/Levasseru/Bouloc*, Droit pénal général núm. 260.

[76] Vid. *Antón Oneca*, Derecho penal págs. 170 ss. (estado anterior); *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 385 ss.; *Mir Puig*, Adiciones Tomo II págs. 841 ss., 872 ss. (estado actual). Acerca del art. 10 del Borrador de Parte General de 1990 y su correspondencia con el § 13 StGB alemán, *Jescheck*, 140 Jahre GA pág. 118 (asimismo, Art. 11 del Proyecto 1994). Frente

equiparación entre la acción y la omisión en el art. 40 C.p., aunque falta, al igual que en Derecho español, una teoría conformadora de los deberes de garante[77]. La doctrina *holandesa*, como la alemana, distingue entre delitos de omisión propia e impropia, pero todavía no ha desarrollado una fundamentación de los deberes de garante y trata la cuestión en su conjunto como un problema relativo a la causalidad[78]. También el Derecho *inglés* conoce responsabilidad penal en caso de omisión cuando existe el deber de actuar; el problema principal reside en la delimitación de los deberes de acción[79]. El Derecho *norteamericano* dispone de una teoría de los deberes mucho más desarrollada[80]. El Derecho *brasileño* contiene en el art. 13 § 2 una regulación del delito de omisión impropia con referencias de las distintas posiciones de garante[81].

---

a ello, *Silva Sánchez*, El delito de omisión pág. 369, exige la introducción de unos pocos delitos de omisión impropia para los supuestos en los que concurra una equivalencia estructural plena con el delito de comisión [El Código penal de 1995 recoge ya una cláusula específica en la que se declara la punibilidad de los delitos de resultado cometidos en comisión por omisión y en la que, además, se hace mención de la cláusula de equivalencia y de las fuentes del deber de garante. Y así, el vigente art. 11 C.p. preceptúa lo siguiente: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente» (N del T)].

77 *Sgubbi*, Responsabilitá penale per omesso impedimento dell'evento, 1975; *Grasso*, Il reato omissivo improprio págs. 97 ss.; *el mismo*, Riv dir proc pen 1978, págs. 912 ss.; *Fiandaca*, Il reato commissivo mediante omissione, 1979; *Romano*, Commentario, art. 40 núm. 28.

78 Vid. *van Bemmelenlvan Veen*, Ons strafrecht págs. 75 ss., 164 ss.; *Hazewznkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding págs. 162 ss. (Discusión acerca de su historia dogmática y la jurisprudencia); *Enschedé*, Beginselen pág. 136 (reconocimiento de la aplicabilidad de los tipos comisivos a las omisiones).

79 Vid. *Glanville Williams*, Criminal Law págs. 4 ss.; *Kenny/Turner*, Outlines págs. 19 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law págs. 45 ss. Vid., además, *The Law Commission*, Clause 20, donde en el Borrador del Criminal Code for England and Wales donde la punibilidad de la omisión contraria a deber se restringe al "murder, manslaughter, intentional serious injury" y a la "detention of another". Más detalladamente al respecto *Jescheck*, Tröndle-Festschrift págs. 803 ss.

80 Profundizando en ello *Honig*, Das amerikanische Strafrecht págs. 69 ss.; *LaFave/Scott*, Substantive Criminal Law I págs. 283 ss. Acerca del Derecho anglo-americano vid., además, *Grasso*, Il reato omissivo improprio págs. 83 ss.

81 Sobre el mismo vid. *Fragoso*, Lições págs. 240 ss.; *de Jesus*, Comentários, art. 13 comentario núm. 4; *da Costa jr.*, Comentários, art. 13 comentario núm. 6.

§ 59 El tipo del delito de omisión

Aldosser, Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? 1882; *Bärwinkel,* Die Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *Blei,* Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 119; *Bockelmann,* Betrug verübt durch Schweigen, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pág. 437; *Brammsen,* Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986; *el mismo,* Kausalitäts-und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, Jura 1991, pág. 533; *Bringewat,* Der Notwehrer als Garant aus vorangegangenem Tun, MDR 1971, pág. 716; *v. Buri,* Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung, GS 21 (1869) pág. 189; *v. Caemmerer,* Gesammelte Schriften, Tomo I, 1968; Cramer, Teilnahmeprobleme im Rahmen des § 330a, GA 1961, pág. 97; *Doering,* Strafrechtliche Garantenpflicht aus homosexueller Lebensgemeinschaft? MDR 1972, pág. 664; *Engisch,* Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931; *el mismo,* Der finale Handlungsbegriff, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 141; *el mismo,* Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 247; *Fornasari,* Il principio di inesigibilitá nel diritto penale, 1990; *Frellesen,* Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung, 1980; *Fünfsinn,* Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen, 1985; *Gallas,* Strafbares Unterlassen im Falle einer Selbsttötung, JZ 1960, págs. 649, 686; *el mismo,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten, 1963; *Geilen,* Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, pág. 147; *el mismo,* Stillschweigen des Angehörigen beim Mordkomplott, FamRZ 1964, pág. 385; *el mismo,* Zur Mitverantwortung des Gastwirts bei Trunkenheit am Steuer, JZ 1965, pág. 469; *el mismo,* Unterlassene Verbrechensanzeige und ernsthafte Abwendungsbemühung, JuS 1965, pág. 426; *Geyer,* Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1884; *J. Glaser,* Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, Tomo II, 1858; *Granderath,* Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten usw., Diss. Freiburg 1961; *Grünhut,* Grenzen des übergesetzlichen Notstands, ZStW 51 (1931) pág. 454; *Grünwald,* Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 281; *Hall,* Über die Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Erinnerungsgabe für M. Grünhut, 1964, pág. 213; *Hanau,* Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971; *Hardwig,* Vorsatz bei Unterlassungsdelikten, ZStW 74 (1962) pág. 27; *el mismo,* Die Zurechnung, 1957; *Heinitz,* Anmerkung zu BGH vom 25.2.1954, JR 1954, pág. 270; *Henkel,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 249; *Herzberg,* Die Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1971, pág. 881; *el mismo,* Garantenpflichten auf Grund gerechtfertigten Vorverhaltens, JuS 1971, pág. 74; *el mismo,* Zur Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, JZ 1986, pág. 986; *Hilgendorf,* Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen usw., NStZ 1994, pág. 561; *Honig,* Die Intimsphäre als Kriterium strafbaren Begehens durch Unterlassen, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 89; *el mismo,* Kausalität und obje-

ktive Zurechnung, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 174; *Höpfner,* Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte, ZStW 36 (1915) pág. 103; *Horn,* Anmerkung zu BayObLG vom 18.8.1978, JR 1979, 291; *Hruschka,* Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 421; *G. Husserl,* Negatives Sollen im bürgerlichen Recht, 1931; *Joerden,* Anmerkung zu BGH vom 16.11.1993, JZ 1994, pág. 422; *Kahlo,* Das Bewirken durch Unterlassen usw., GA 1987, pág. 66; *el mismo,* Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990; *Kahrs,* Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel usw., 1968; *Armin Kaufmann,* Unterlassung und Vorsatz, Festschrift für H. Y. Weber, 1963, pág. 207; *Arthur Kaufmann,* Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt, JZ 1963, pág. 504; *Kielwein,* Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, pág. 225; *Krug,* Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1855; *Küper,* Grund-und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, 1979; *Kugler,* Ingerenz und Selbstverantwortung, Diss. Bochum 1972; *Kuhlen,* Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *el mismo,* Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990, pág. 566; *Lackner,* Anmerkung zu KG vom 3.1.1968, JR 1969, pág. 29; *Lampe,* Ingerenz oder dolus subsequens? ZStW 72 (1960) pág. 93; *el mismo,* Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen, ZStW 79 (1967) pág. 47; *el mismo,* Die Kausalität und Ihre strafrechtliche Funktion, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 189; *Landscheidt,* Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, 1985; *Langer,* Das Sonderverbrechen, 1972; *Lilie,* Garantenstellung für nahestehende Personen, JZ 1991, pág. 541; *Maaß,* Betrug verübt durch Schweigen, 1982; *Maiwald,* Kausalität und Strafrecht, 1980; *A. Merkel,* Kriminalistische Abhandlungen, Tomo II, 1867; *Naucke,* Anmerkung zu BGH 27, 10, JR 1977, pág. 290; *Nestler,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Bürgermeisters für Gewässerverunreinigungen usw., GA 1994, pág. 514; *Nitze,* Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989; *Nowakowski,* Probleme der Strafrechtsdogmatik, JBl 1972, pág. 19; *Odersky,* Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Gewässerverunreinigungen, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 291; *Otto,* Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, NJW 1974, pág. 528; *Padrutt,* Verkehrssicherungspflicht bei Skipisten, SchwZStr 87 (1972) pág. 63; *Pallin,* Lage und Zukunftsaussichten der österr. Strafrechtsreform usw., ZStW 84 (1972) pág. 198; *Peters,* Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, JZ 1966, pág. 457; *el mismo,* Uberzeugungstäter und Gewissenstäter, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 257; *Pfander,* Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag beim unechten Unterlassungsdelikt, Diss. Basel 1967; *Pfleiderer,* Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, 1968; *Pfohl,* Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Duldung unzureichender Abwasserreinigungsanlagen, NJW 1994, pág. 418; *Platzgummer,* Die Bewußtsiinsform des Vorsatzes, 1964; *Puppe,* Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980) pág. 863; *la misma,* Anmerkung zu BGH 37, 106, JR 1992, pág. 30; *Roxin,* Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962) pág. 515; *el mismo,* Ein "neues Bild" des

Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971) pág. 369; *Rudolphi,* Anmerkung zu BGH 25, 218, JR 1974, pág. 160; *el mismo,* Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen, NStZ 1984, 149; *el mismo,* Anmerkung zu BGH vom 15.7.1986, JR 1987, pág. 336; *el mismo,* Der Dienstvorgesetzte als Garant für die gesetzmäßige Bestrafung von Untergebenen, NStZ 1991, pág. 361; *Runte,* Straftatsystematische Probleme des "Betrugs durch Unterlassen" (§§ 263, 13 StGB), Jura 1989, pág. 128; *Samson,* Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, pág. 182; *Sangenstedt,* Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989; *Sauer,* Das Unterlassungsdelikt, GS 114 (1940) pág. 279; *Schaffstein,* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip, Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 169; *Schlüchter,* Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1976, pág. 793; *Schöne,* Unterlassungsbegriff und Fahrlässigkeit, JZ 1977, pág. 150; *Schubarth,* Die strafrechtliche Haftung des Geschäftsherrn, SchwZStr 92 (1976) pág. 370; *Schünemann,* Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, pág. 231; *el mismo,* Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits-und Gefährdungsdelikte, JA 1975, pág. 647; *Schultz,* Besprechung von Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, SchwZStr 77 (1961) pág. 208; *W. Schwarz,* Die Kausalität bei den Begehungsdelikten durch Unterlassung, Strafr. Abh. Heft 254, 1929; *Seelmann,* Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik, GA 1989, pág. 241; *Spendel,* Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, JZ 1973, pág. 137; *Storsberg,* Der gegenwärtige Umfang der Nothilfepflicht im StGB, Diss. Göttingen 1952; *Stree,* Garantenstellung kraft Übernahme, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 145; *el mismo,* Ingerenzprobleme, Festschrift für U. Klug, Tomo II, 1983, pág. 395; *Struensee,* Die Struktur der fahrlässigen Unterlassungsdelikte, JZ 1977, pág. 217; *Tenckhoff,* Garantenstellung des Wohnungsinhabers usw., JuS 1978, pág. 308; *Ulsenheimer,* Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung, GA 1972, pág. 1; *Wachsmuth/Schreiber,* Sicherheit und Wahrscheinlichkeit usw., NJW 1982, pág. 2094; *Walder,* Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93 (1977) pág. 152; *Weber,* Garantenstellung kraft Sachherrschaft? Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 83; *Welp,* Anmerkung zu BGH 23, 327, JZ 1971, pág. 433; *Welzel,* Anmerkung zu OLG Karlsruhe vom 15.10.1959, JZ 1960, pág. 179; *Winkelbauer,* Anmerkung zu BGH vom 15.7.1986, JZ 1986, pág. 1119; *E. A. Wolff,* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *Wolfslast,* Anmerkung zu BGH vom 20.5.1980, NStZ 1981, pág. 219; *Würtenberger,* Zur Kausalität der Unterlassung, ZAK 1942, pág. 167.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes del § 58

I. La concurrencia de la situación típica

La **omisión** no **significa** un "no hacer nada", sino "**no hacer algo determinado**"[1]. Como la acción esperada y omitida tendría que haberse

[1] *Blei,* Allg. Teil pág. 309; *Gallas,* Beiträge pág. 26; *el mismo,* Studien págs. 24 ss.; *Mezger,* Lehrbuch pág. 132; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 45 núm. 17; *Schönke/Schröder/Stree,* nota

producido algunos de los *delitos de omisión propia* se derivan directamente de la Ley. Y así, de acuerdo con el § 123 en su segunda alternativa, quien permanece injustificadamente en espacios ajenos debe alejarse de ellos a requerimiento de la persona legitimada para ello. En otros, sin embargo, el deber de acción está descrito más generalmente. De este modo, según el § 323c hay que "prestar auxilio" en los accidentes; lo que tiene que suceder en el caso concreto se deriva aquí del conjunto de las circunstancias del supuesto de hecho. También en los *delitos de omisión impropia* el contenido del deber de acción se determina la mayoría de las ocasiones según las circunstancias. Para ello resulta determinante la finalidad de la salvaguardia del objeto protegido de la acción frente a la puesta en peligro o lesión típica.

Ejemplo: Si un niño se quema con agua hirviendo, entonces del alcance y grado de la quemadura, de la edad y de la constitución del niño, y del tiempo y lugar del accidente, se deriva lo que tiene que suceder, esto es, si resulta suficiente con aplicarle una pomada para quemaduras, si debe buscarse a un médico o si es necesario su traslado al hospital.

El supuesto de hecho del que se deriva el contenido concreto del correspondiente deber de acción es la **situación típica**[2]. En los delitos de omisión regulados legalmente ésta es descrita ampliamente por el tipo mismo, aunque no siempre lo hace de un modo terminante. En la configuración de los delitos omisivos llevada a cabo por una reestructuración de los tipos comisivos de conformidad con el § 13, lo que falta debe ser completado de un modo razonable.

Ejemplos: En la omisión de denuncia de delitos (§ 138) la situación típica consiste en que está proyectado un delito grave concreto que todavía puede ser impedido por medio de su denuncia (RG 71, 385 [386]). Aquí la acción ordenada es la interposición a tiempo de aquélla o su comunicación al amenazado, un deber de acción al que está sometido todo el que tenga un conocimiento fidedigno de los hechos. En el maltrato de personas sujetas a la custodia o cuidado del autor (§ 223b I tercera forma de conducta[3]) existe un peligro para la salud de las personas que dependen del autor que puede ser evitado mediante el cuidado debido. La acción ordenada consiste en la prestación del cuidado necesario en función de las circunstancias del caso (alimentación, ropa, alojamiento, auxilio médico) y debe llevarse a cabo por el titular del deber de custodia. En el

---

preliminar núm. 139 antes del § 13; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 654; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 4 antes del § 13; *Vogel,* Norm und Pflicht págs. 112 ss.

[2] Vid. *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte págs. 96 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 94 antes del § 13; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 146 antes del § 13; *Welzel,* Lehrbuch págs. 204, 211; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 678 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 11 antes del § 13; *Jakobs,* Allg. Teil 29/10 nota a pie núm. 17.

[3] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 225 I StGB (N del T).

asesinato realizado por la madre y el hijo mayor del marido y a la vez padre, la situación típica consiste en el peligro para la vida creado por medio del plan delictivo; la acción ordenada es el impedimento del hecho y los obligados a ella son el resto de los hijos que viven en la casa (BGH 19, 167)[4].

II. La ausencia de la acción esperada y la capacidad individual de acción

1. De acuerdo con la lógica, al tipo del delito de omisión pertenece la **ausencia** de la **acción necesaria** que se fundamenta en la situación típica[5]. Así sucede, por ejemplo, con el médico al que se le ha comunicado el cuadro clínico de una enfermedad grave y no presta atención a ello (BGH 17, 166) o cuando tras un accidente de tráfico los implicados ilesos no trasladan a una persona gravemente herida al hospital (BGH 7, 287 [288]). No concurre el tipo del delito de omisión *dolosa* cuando el autor se ha esforzado infructuosamente en cumplir con su deber de acción. Por ejemplo, si la comunicación escrita del robo de un banco llega tarde a conocimiento de la policía porque el confidente ha prescindido de avisar telefónicamente a la autoridad. De ahí que si alguien, con la intención de cumplir su deber, actúa equivocadamente o de modo inconsciente hace menos de lo debido, sólo puede ser castigado a causa de un delito de omisión imprudente[6].

2. La **capacidad general de acción**, esto es, la posibilidad de que alguien que tiene que pensar en plena posesión de todos los conocimientos y capacidades del hombre medio pueda llevar a cabo la acción ordenada, es algo que, en el marco de la teoría de la acción, pertenece ya al concepto de la omisión como un comportamiento humano de trascendencia social (vid. *supra* § 23 VI 2b). Sin embargo, la cuestión de la tipicidad de la omisión debe estar referida a aquel sujeto que como autor de la omisión se tiene en cuenta en el caso concreto, pues sólo la omisión

---

[4] Al respecto vid. *Geilen*, FamRZ 1964, pág. 385.

[5] Vid. *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 106; *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 95 antes del § 13; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 151 antes del § 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1022; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 12 antes del § 13; *Welzel*, Lehrbuch págs. 204, 211 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 708.

[6] Vid. *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 109 ss., 133 ss., 310; *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 95 antes del § 13; *Welzel*, Lehrbuch págs. 204, 211 ss. Acertadamente exige *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1049, que el autor debe haber confiado en la eficacia de sus esfuerzos si es que debe excluirse el dolo. Ejemplo: quien, en lugar de buscar a un médico, se esfuerza por atender con medios caseros a un niño inconsciente a causa de un grave maltrato, al no arriesgarse a ello por motivos derivados de su conciencia de culpabilidad (schweiz. BGE 73 IV 164).

de una acción que precisamente hubiera sido posible en *ese supuesto* puede poseer la *cualidad del injusto*. De este modo, la **capacidad individual de acción** pertenece al tipo del delito omisivo que, sin embargo, sólo resulta afirmable cuando el autor hubiera podido emplear los recursos idóneos para ello (OLG Hamm VRS 34, 149)[7]. Se presupone, además, que al autor le habría sido posible hacer lo necesario *de una forma sensata*.

Ejemplos: Posee capacidad de acción el tomador del seguro acusado por un incendio omisivo (§ 306 núm. 2) al que le habría resultado "sencillo" impedir el hecho de su mujer (RG 64, 273 [276]). Por el contrario, no puede ser castigado un funcionario de justicia por un encubrimiento personal cometido omisivamente en acto de servicio (§ 258a), si estaba sobrecargado de trabajo por encima de los límites de su capacidad de rendimiento, circunstancia ésta que le impedía despachar adecuadamente el trabajo atrasado (BGH 15, 18 [22]). Hay que negar la capacidad de acción cuando el autor sólo habría podido sustituir el resultado amenazante por otro que es igualmente grave (BGH *Dallinger* MDR 1971, pág. 361: salto por una ventana en lugar de la muerte por abrasamiento).

Mientras que el requisito de la capacidad individual de acción es reconocido mayoritariamente como tal, en cambio, la cuestión de bajo qué presupuestos puede aceptarse dicha capacidad es un tema discutido.

Por un lado, hay quien apoya el juicio sobre la posibilidad de actuar sobre un punto de vista exclusivamente objetivo[8]; por otro, prescindiendo de las posibilidades físicas de actuar, hay quienes exigen el conocimiento de la finalidad de la acción como "base cognoscitiva"[9] también existen posturas que se fundamentan sobre la capacidad de culpabilidad del omitente [10] y, finalmente, no faltan quienes consideran la aptitud para motivarse libremente como una condición previa de la capacidad de acción[11].

---

[7] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; *Blei,* Allg. Teil pág. 315; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 134; *Eser,* Strafrecht II núm. 26 A núms. 13 ss.; *Nagler,* GS 111 (1938) pág. 70; *Kielwein,* GA 1955, pág. 228; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 46 núm. 51; *Sauer,* GS 114 (1940) pág. 315; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núms. 141 ss. antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 13 antes del § 13; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 681; *Wessels,* Allg. Teil núm. 708. Por el contrario, para la cuestión de la capacidad de acción, *Maiwald,* JuS 1981, págs. 479 ss., se basa sobre un criterio objetivo. También *Jakobs,* Allg. Teil 29/10 se conforma con una "capacidad abstracta de acción".

[8] Así, *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 143 antes del § 13; *Grünwald,* Das unechte Unterlassungsdelikt pág. 14; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 3 antes del § 13; *Schünemann,* Unterlassungsdelikte págs. 30 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 709; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 681.

[9] Así, *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte págs. 41 ss., 100 ss.

[10] Así, *Honig,* Frank-Festgabe Tomo I págs. 191 ss.; *Storsberg,* Nothilfepflicht pág. 54.

[11] Así, *Androulakis,* Unterlassungsdelikte pág. 155; *E.A. Wolff,* Kausalität pág. 46, nota a pie núm. 26.

Lo correcto es buscar un término medio. Lo primero que exige la capacidad de acción es que concurran los *presupuestos externos* (cercanía espacial, medios adecuados de auxilio) para el ejercicio de la acción obligatoria y que se disponga de *recursos propios* (fuerza física, conocimientos técnicos, capacidades intelectuales). A partir de ahí el autor de la omisión debe *representarse* la acción preceptiva como una meta posible de la voluntad o, como mínimo, *poder representársela* por aplicación del cuidado debido[12]. En ambas líneas hay que aplicar un criterio *objetivo*: lo decisivo es si, por medio de un juicio "ex ante" de los hechos, un espectador cuidadoso habría conseguido representarse la acción obligada como objetivo de su voluntad y considerar suficientes las posibilidades externas para ello[13].

III. Resultado y causalidad en los delitos de omisión

1. El **acaecimiento del resultado típico** pertenece al momento consumativo del delito de omisión impropia. Así pues, debe ser comprobada, por ejemplo, la muerte del ofendido que tiene lugar por un homicidio imprudente por omisión de la acción de rescate (BGH 11, 353 [356]), la persistencia de la sospecha en el delito de acusación falsa por omisión de la verdad (BGH 14, 240 [246]) o la muerte de la víctima por medio de la no evitación del atentado (BGH 19, 167).

2. El resultado también debe serle imputable objetivamente al autor de la omisión. En los delitos comisivos este requisito presupone que el sujeto ha causado el resultado (vid. *supra* § 28 I 1). Si, en cambio, el resultado simplemente no se evita, entonces se plantea la pregunta de bajo qué condiciones debe tener aquí lugar la *imputación objetiva*. Con otras palabras, ¿existe una **"causalidad de la omisión"**?

También en la omisión la Ciencia del Derecho penal se ha esforzado desde hace tiempo en evidenciar una "causa efficiens", en el sentido de una fuerza real que despliega sus efectos[14]. Y así, *Luden* divisó el momento causal en el hecho de que el omitente, en el momento en el que tendría que haber evitado el resultado, se encontraba desarrollando otra actividad, "siendo ésta, pues, la única causa de la consecuencia delictiva"[15]. Por el

---

[12] En el mismo sentido que aquí, *Engisch*, Kohlrausch-Festschrift pág. 164; *Gallas*, Beiträge pág. 53; *Mezger*, Lehrbuch pág. 133; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1032; *Welzel*, Lehrbuch págs. 204 ss., 212.

[13] Vid. *Gallas*, Deutsche Landesreferate pág. 349; BGH 14, 213 (216); 19, 295 (299). Disiente en parte, *Maiwald*, JuS 1981, pág. 478.

[14] Vid. más detalladamente al respecto, *W. Schwarz*, Die Kausalität págs. 8 ss.; *Traeger*, Unterlassungsdelikte págs. 27 ss.; *Welp*, Vorangegangenes Tun págs. 166 ss.

[15] *Luden*, Abhandlungen Tomo I pág. 474, Tomo II págs. 221 ss.

contrario, autores como *Krug*[16], *Julius Glaser*[17] y *Adolf Merkel*[18], no quisieron considerar una causa simultánea sino que para ello recurrieron a una actuación previa, con lo que dieron lugar al reconocimiento del "dolus subsequens". Otros autores[19] vieron en la omisión una causa desplegadora de un efecto psíquico en la que, ante todo, la inactividad del obligado a desarrollar la acción conducía a un tercero a la idea de provocar el resultado. Las teorías de la interferencia[20] divisaban en la renuncia a la voluntad natural impeditiva del resultado la destrucción positiva de una condición favorecedora del mismo y, por ello, veían en la omisión un hacer positivo. Finalmente, hay quien se conformaba con una simple "causalidad jurídica"[21] lo que, en la práctica, conducía a que fuera equiparada la causalidad con el deber jurídico de evitar el resultado. El final de esta evolución se caracterizó por una negación completa de la causalidad de la omisión[22] y la discusión sobre esta cuestión apareció en definitiva "como uno de los debates las más infructuosos sostenidos en la Ciencia del Derecho penal"[23].

3. Actualmente, la *causalidad de la omisión* en el sentido de una producción real del resultado es objeto de un *rechazo mayoritario*[24]. La causalidad como categoría del ser exige una fuente de energía real que sea capaz de producir un esfuerzo, algo que precisamente está ausente en la omisión ("ex nihilo nihil fit"). Sin embargo, para el punto de vista jurídico el concepto de causalidad científico-natural no resulta tampoco determinante (vid. *supra* § 28 I 3), algo que se deriva ya del hecho de que tanto en los delitos de omisión impropia regulados en la Ley

---

[16] *Krug*, Abhandlungen págs. 21 ss.

[17] *J. Glaser*, Abhandlungen págs. 289 ss.

[18] *A. Merkel*, Krimlnalistische Abhandlungen Tomo II págs. 76 ss.

[19] Así, *Geyer*, Grundriß pág. 124; *Aldosser*, Unterlassungen págs. 94 ss.

[20] *v. Buri*, GS 21 (1869) págs. 196 ss.; *Binding*, Normen Tomo II págs. 516 ss., 536 ss., 555 ss. De modo similar, *H. Mayer*, Lehrbuch págs. 112 ss., así como *G. Husserl*, Negatives Sollen pág. 34.

[21] *v. Bar*, Gesetz und Schuld Tomo II págs. 268 ss.; *Höpfner*, ZStW 36 (1915) pág. 114; *Kohler*, Studien Teil I pág. 46.

[22] Así, *Gerland*, Lehrbuch págs. 166 ss.; *v. Llszt/Schmidt*, págs. 172 ss.

[23] *v. Liszt* Lehrbuch 21.ª/22.ª ed. pág. 128.

[24] Así, *Traeger*, Der Kausalbegriff pág. 71; *Bockelmann*, Eb. Schmidt-Festschrift pág. 449; *Gallas*, Beiträge págs. 25 ss.; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 61; *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 214 ss.; *Lackner*, nota preliminar núm. 12 antes del § 13; *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs págs. 282 ss.; *Maiwald*, Kausalität pág. 83; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 61; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 20 antes del § 13; *Welzel*, Lehrbuch pág. 212; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 684; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1025; en cuanto al resultado también *Jakobs*, Allg. Teil 29/18. Defendiendo la postura contraria, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 239; *Blei*, Allg. Teil págs. 315 ss.; *Engisch*, v. Weber-Festschrift págs. 264 ss.; *Hilgendorf*, NStZ 1994, pág. 564; *Puppe*, ZStW 92 (1980) págs. 895 ss.; *Hall*, Grünhut-Erinnerungsgabe pág. 224; *Spendel*, JZ 1973, pág. 139.

(vid. *supra* § 58 III 4) como en el mismo § 13 es presupuesta sin más la existencia de una "relación causal" entre la omisión y el resultado[25]. No obstante, con ello no se quiere significar la presencia de una conexión causal en el sentido de la mecánica, sino que lo relevante es si la posible acción del omitente habría evitado el resultado[26]. De acuerdo con ello, la acción omisiva y el resultado acaecido se encuentran sometidos a una relación como la que integra la causalidad en el hacer positivo (vid. *supra* § 28 II 4) **si la acción preceptiva hubiera evitado el resultado**; en otro caso, únicamente entra en juego la tentativa (BGH StV 1985, pág. 229). La fórmula interrogativa de la teoría de la equivalencia de las condiciones utilizada para la conducta activa se emplea en la omisión en el sentido de afirmar la causalidad "si no cabe imaginar la acción esperada sin que el resultado desaparezca" (así, RG 58, 130 [131]; 63, 392 [393]; 75, 49 [50]); de este modo, también aquí hay que formular las mismas reservas respecto a su utilidad (vid. *supra* § 28 II 4).

4. Para adaptar lo mejor posible el criterio que aquí sirve de base al examen de la causalidad al empleado con el hacer positivo, la jurisprudencia exige que la acción representada debería haber evitado el resultado *con una probabilidad rayana en la seguridad* (RG 15, 151 [153f.]; 51, 127; 58, 130 [131]; 74, 350 [352]; 75, 49 [50]; 75, 372 [374]; BGH 6, 1 [2]; 7, 211 [214]; BGH NStZ 1981, pág. 218 con comentario de *Wolfslast;* BGH NStZ 1985, pág. 26; NStZ 1986, 217; NJW 1987, pág. 2940[27]; acerca de la responsabilidad por el producto, BGH 37,

[25] *Grünwald,* ZStW 70 (1958) págs. 417 ss.

[26] Así, *Blei,* Allg. Teil pág. 316; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 135 ss.; *Böhm,* JuS 1961, pág. 178; sobre todo, *Engisch,* Kausalität págs. 29 ss.; *el mismo,* MSchrKrim 1939, págs. 426 ss.; *el mismo,* JZ 1962, pág. 190; *el mismo,* Weltbild págs. 135 ss.; *Herzberg,* MDR 1971, pág. 882; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núms. 15 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núm. 61; *Wessels,* Allg. Teil núm. 711; *Walder,* SchwZStr 93 (1977) págs. 152 ss. Enérgicamente a favor de la omisión en el sentido de que esta comporta "efectos reales", *Androulakis,* Unterlassungsdellkte págs. 83 ss.; *Kahlo,* Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs págs. 306, 319; *el mismo,* GA 1987, pág. 66; *Lampe,* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 204 ss. ("causalidad funcional"); *E. A. Wolff,* Kausalität págs. 36 ss.

[27] También la doctrina mayoritaria muestra su acuerdo; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 239 ss.; *Lackner,* nota preliminar núm. 12 antes del § 13; *Blei,* Allg. Teil pág. 316; *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núm. 61; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 18; *Lampe,* ZStW 101 (1989) pág. 13; *Schlüchter,* JuS 1976, pág. 793; *Welzel,* Lehrbuch pág. 212; *Würtenberger,* ZAK 1942, pág. 167; *Herzberg,* MDR 1971, pág. 882. Críticamente, *Walder,* SchwZStr 93 (1977) págs. 152 ss. Rechazable resulta, por el contrario, la sentencia RG 75, 324 (328), que se conforma con un "*probabilidad* que se corresponda con la experiencia de la vida". Y mucho menos puede ser aprobada la opinión contraria defendida doctrinalmente de que para la afirmación de la causalidad basta con que la acción omitida hubiera mejorado las posibilidades de salvación (teoría del incremento

106 [126][28]). En este punto también es aplicado el principio "in dubio pro reo" (BGH StV 1985, pág. 229).

Ejemplos: No basta para la causalidad de la omisión la "perspectiva fundada" de que la persuasión sobre el conductor ebrio podría haber evitado la prosecución del viaje (BGH NJW 1954, 1047 [1048]). La omisión de la colocación de luces de advertencia junto a una zanja no es causal para el accidente si unos gamberros nocturnos habían alejado las barreras y, posiblemente, también habrían sustraído tales luces (OLG Hamm NJW 1959, pág. 1551). Quien, por el contrario, con ocasión de un incendio rechaza lanzar a sus hijos desde el tejado a los brazos del personal de socorro situado debajo, causa la muerte por abrasamiento de aquéllos si de ese modo se hubieran salvado con seguridad sus vidas (BGH *Dallinger* MDR 1971, págs. 361 ss.).

A pesar de todo, en la omisión no hay que exigir la plena certeza en torno a la causalidad tal y como sucede en el hacer positivo; y ello porque el examen no puede basarse en un curso real sino sólo sobre un posible acontecer que no se puede predecir con seguridad absoluta **(causalidad hipotética)**[29]. No obstante, la medida de la inseguridad que permanece corresponde sólo a la delimitación del conocimiento humano (RG 75, 372 [374])[30]. A diferencia de lo que sucede en los delitos comisivos, aquí no existe ningún motivo para hacer uso de la teoría del incremento del riesgo (vid. *supra* § 55 II 2b aa), pues falta una causalidad real del comportamiento del autor en relación con el resultado que allí integra la base para llevar a cabo la imputación objetiva del mismo.

IV. La posición de garante en el delito de omisión impropia (primer criterio de equivalencia)

1. En los delitos comisivos la imputación objetiva descansa sobre la causación del resultado típico. Por el contrario, en los delitos de omisión impropia

---

del riesgo); así, *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 46 núm. 23; *Roxin,* ZStW 74 (1962) pág. 430; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 1028 ss.; *Kahrs,* Vermeidbarkeitsprinzip págs. 46 ss.; *Hardwig,* Zurechnung pág. 162; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 16 antes del § 13; *Schaffstein,* Honig-Festschrift pág. 172. Acertadamente en contra, *Herzberg,* MDR 1971, pág. 882; *Schünemann,* JA 1975, pág. 655. Defendiendo también (equivocadamente) un debilitamiento en el grado de seguridad exigible, *Wachsmuth/Schreiber,* NJW 1982, pág. 2094.

[28] Críticamente en torno a la aceptación de la causalidad hipotética entre la omisión de las actuaciones debidas del gerente de una empresa para dar marcha atrás en el evento y los daños a la salud condicionados por el producto, *Kuhlen,* NStZ 1990, págs. 569 ss.; *Puppe,* JR 1992, pág. 32; *Samson,* StV 1991, págs. 536 ss.

[29] Vid. *v. Weber,* Grundriß pág. 61; *Welzel,* Lehrbuch págs. 212 ss.

[30] Advirtiendo acertadamente sobre ello, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 135. Con ello también se eliminan las objeciones de *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 685 ss.

no basta con el hecho de que una acción posible hubiera evitado el resultado para poder hacer responsable que supone la lesión del bien jurídico a cualquiera que posea capacidad de acción, puesto que no existe un deber amenazado con pena de ayudar en todo momento que sea necesario. De ahí que desde *Feuerbach* (vid. *supra* § 58 I 2) se acepta que, básicamente, el Ordenamiento jurídico sólo impone al ciudadano el deber de omitir comportamientos *activos* a través de los cuales pueden ser menoscabados bienes jurídicos de terceros. Por ende, hay que demostrar un **"fundamento jurídico especial"** si, excepcionalmente, alguien va a ser responsabilizado por haber omitido la protección de bienes jurídicos ajenos mediante una acción positiva. En consecuencia, la equivalencia de la omisión con el hacer positivo presupone que el autor de la omisión responda como "garante" de la evitación del resultado[31]. Todos los deberes de impedir el resultado descansa sobre la *idea básica* de que una persona determinada está *llamada* de un modo especial a la protección del objeto del bien jurídico puesto en peligro, y que todo el resto de los copartícipes *confían* y *pueden confiar* en la intervención activa de esa persona[32]. Por este motivo, en el ámbito de la causación del resultado el § 13 I exige para la equivalencia de la omisión con el hacer positivo que el autor "tenga que responsabilizarse jurídicamente de que el resultado no acaezca". Y puesto que únicamente el garante entra en consideración como responsable de un delito de comisión impropia, estos delitos vienen a constituir auténticos *delitos especiales propios*[33].

2. La cuestión reside, sin embargo, *en el modo* en que pueden delimitarse y caracterizarse los deberes de garante que son decisivos para el Derecho penal. La división que se suministra se apoya en la *causa que origina* el deber jurídico (**teoría**

---

[31] En contra del elemento del tipo de la posición de garante como criterio de equivalencia, *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen págs. 39 ss., 154 ss. En la equiparación de la omisión con los tipos comisivos *Freund* adopta una posición diferenciadora en virtud de las distintas posiciones de garante (págs. 159 ss.).

[32] Vid. *E. A. Wolff*, Kausalität pág. 40; *Maiwald*, JuS 1981, págs. 481 ss.; *Seelmann*, GA 1989, pág. 256; especialmente acerca de la injerencia, *Welp*, Vorangegangenes Tun págs. 177 ss. La idea de la pregunta acerca del "rol social" la introduce *Bärwinkel*, Garantieverhältnisse págs. 111 ss. En contra, *Schünemann*, Unterlassungsdelikte págs. 132 ss., quien por su parte basa la imputación sobre la idea del "dominio acerca del motivo de la acción" (pág. 236). *Jakobs*, Allg. Teil 29/28, clasifica los deberes de garante, de acuerdo con la razón de la responsabilidad, en aquellos que proceden de la competencia organizativa (por ejemplo, deberes de aseguramiento en el tráfico e injerencia) y aquellos otros que tienen su origen en la competencia institucional (verbigracia, matrimonio o parentesco). *Otto*, Grundkurs pág. 149 y *Brammsen*, Garantenpflichten págs. 129 ss., recurren a la expectativa de una acción consolidada y generalmente reconocida.

[33] Vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 208.

formal del deber jurídico)[34]. De acuerdo con ella, se han reconocido la **Ley, el contrato** y **el actuar precedente peligroso** (RG 58, 130 [131]; 63, 392 [394]; BGH 4, 20 [22]; 11, 353 [355]), añadiéndose posteriormente la **estrecha relación vital** (RG 69, 321 [323]; 74, 309; BGH 2, 151 [153]; 19, 167 [169]). Por el contrario, no pueden ser deducidos deberes de garante de la situación típica de un delito de omisión propia porque en éste se trata de deberes jurídicos que afectan a *cualquiera* (RG 64, 273 [276]; 73, 52 [55]; BGH 3, 65 [67]). Puesto que sólo entra en consideración una causa *jurídicamente* reconocida determinante de la obligación de evitar el resultado, quedan excluidos los deberes *morales* como base inmediata de la responsabilidad criminal (RG 66, 71 [73]; BGH 7, 268 [271]), algo sobre lo que actualmente se pronuncia expresamente el § 13 I.

Desde luego que esta división no permite suministrar ninguna fundamentación *de contenido* para el reconocimiento de los deberes de garante (vid. BGH 19, 167 [168]). Esta insuficiencia intenta ser remediada por la nueva teoría, fundada por *Armin Kaufmann*, de que los deberes de garante se determinan de acuerdo con puntos de vista *materiales*. Esta última visión distingue entre deberes de garante que desarrollan *una función de protección para un bien jurídico determinado* (deberes de custodia) y aquellos otros que obligan al garante a la *supervisión de una fuente de peligro* (deberes de aseguramiento o de dominio) **(teoría de las funciones)**[35]. El punto de vista material muestra una salida para solucionar la

---

[34] Crítico con la doctrina anterior, *Dreher/Tröndle,* § 13 núm. 5a; *Lackner,* § 13 núms. 7 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 46 núms. 76f ss.; *Welzel,* Lehrbuch págs. 213 ss.; *WK (Nowakowski)* § 2 núms. 18 ss. Por el contrario, *Blei,* H. Mayer-Festschrift pág. 133, quiere limitar los deberes de garante a la Ley y al actuar precedente, a los que además deben añadirse los deberes de aseguramiento en el propio ámbito de dominio social y la perturbación de precauciones organizadas para la protección (pág. 142). Vid. también *Blei,* Allg. Teil págs. 321 ss. El § 12 AE restringe los deberes de garante a la Ley, a su asunción voluntaria y al actuar precedente. Con este planteamiento conecta la exposición de *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 990 ss.

[35] En esta línea camina la doctrina mayoritaria; vid. *Androulakis,* Unterlassungsdelikte págs. 205 ss.; *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 244 ss.; *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte págs. 283 ss.; *Eser,* Strafrecht II núm. 25 A núms. 49 ss.; *Henkel,* MSchrKrim 1961, pág. 190; *Jescheck/Goldmann,* ZStW 77 (1965) pág. 123; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núms. 19 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 18 núms. 47 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núm. 9; *Rudolphi,* Gleichstellungsproblematik pág. 101; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 666; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 24 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núms. 715 ss. También *Jakobs,* Allg. Teil 29/29, utiliza la teoría de las funciones dentro de su sistema. Por su parte, *Schünemann,* Unterlassungsdelikte, pág. 280, construye una teoría material de la posición de garante sobre la idea de la "equiparación a la comisión" que distingue entre el "dominio sobre la causa esencial del resultado" y el "dominio sobre la predisposición de la víctima"; con ello, sin embargo, no se obtiene ningún beneficio para la seguridad jurídica. La diferenciación entre los deberes de custodia y de aseguramiento se encuentra también en la propuesta legal de *Jescheck,* 140 Jahre GA 1993, pág. 128, para una nueva redacción del § 13.

problemática relativa a la posición de garante de acuerdo con el sentido social inherente a los distintos deberes, pero tampoco pueden perderse de vista las causas que los originan pues de lo contrario existe el peligro de que los deberes de garante sean extendidos ilimitadamente. Por ello hay que aspirar a una *conexión* entre el punto de vista formal y material[36].

3. Los **deberes de protección relacionados con determinados bienes jurídicos** pueden surgir por una vinculación natural con el titular de aquéllos, por las estrechas relaciones de una comunidad y por la asunción de su custodia. El origen de un deber de garante presupone, además, que o existe una *relación de dependencia* entre los intervinientes o que el titular del bien jurídico (o cualquier otra persona responsable de su protección por el motivo que sea) haya soportado un *riesgo mayor* por confiar en la disponibilidad del garante o que, finalmente, haya renunciado a cualesquiera otras cautelas destinadas a su protección[37].

a) El motivo jurídico más poderoso y evidente del que pueden derivarse los deberes de garante viene determinado por la **vinculación natural** que, sin embargo, para poder desplegar efectos jurídico-penales debe descansar sobre un vínculo *jurídico*. Y en este sentido, sobre todo, son los miembros más próximos de la familia quienes están por lo general recíprocamente obligados a evitar entre sí el acaecimiento de peligros para la vida o el cuerpo; en cambio, no resulta suficiente la existencia de una relación amorosa, de amistad o de vecindad[38]. Dudoso resulta, no obstante, hasta dónde puede alcanzar el círculo de garantes y si también pueden ser protegidos bienes jurídicos de menor importancia que la vida o el cuerpo.

Ejemplos: Los padres están obligados a proteger la vida y la integridad de los hijos que viven con ellos (BGH 7, 268 [272]; RG 66, 71 [74])[39]; por el contrario, los hijos no están obligados en relación con sus padres a no ser que excepcionalmente éstos de-

---

[36] Así, *Geilen,* FamRZ 1964, págs. 390 ss.; *Rudolphi,* Gleichstellungsproblematik pág. 54; *Stree,* H. Mayer-Festschrift págs. 146 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 19; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 46 núm. 64; *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núms. 8 ss.

[37] Subraya acertadamente lo afirmado para el deber de garante que tiene su origen en la asunción voluntaria, *Stree,* H. Mayer-Festschrift págs. 154 ss.; no obstante, estos mismos puntos de vista deben regir para el resto de los casos. En el mismo sentido, *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 49.

[38] Asimismo, *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núm. 18; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 667; *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núms. 21 ss.; *Lilie,* JZ 1991, pág. 546 (va demasiado lejos con su extensión a "personas cercanas"); *Welzel,* Lehrbuch págs. 213 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núms. 718 ss. Por el contrario, *Schünemann,* Unterlassungsdelikte pág. 357, sólo hace valer como criterio de equivalencia al "dominio personal y efectivo de la protección".

[39] *Gallas,* Studien págs. 94 ss., restringe el círculo de garantes derivados de una vinculación personal a la relación entre padres e hijos.

pendan de aquéllos (de otra opinión, BGH 19, 167, donde se afirma sin limitaciones el deber de garante de los hijos adultos[40]; vid. también la BGH NStZ 1984, 149 [153]). En virtud de su vinculación natural el padre tiene el deber para con el hijo de evitar una acción abortiva por parte de la madre (RG DStr 1936, pág. 179; BGH *Dallinger* MDR 1973, pág. 369). En contra del criterio sostenido por la RG 56, 168 (169) ello debe regir también para el embarazo extramatrimonial. La esposa tiene el deber de evitar el incendio en las propiedades del marido (OGH 3, 1 [4]). Rige también un deber de asistencia de los abuelos para con sus nietos (RG 39, 397 [398]; 66, 316 [317]; 72, 373 [374]; OGH 1, 87 [88]) y también entre hermanos[41], pero siempre hay que examinar si concurren las especiales condiciones restrictivas del deber de garante. Sobre la base del § 1353 BGB también es aceptado el deber de garante en la relación conyugal con el fin de preservarse recíprocamente de peligros que puedan acechar a la vida o al cuerpo (RG 71, 187 [189]; BGH 2, 150 [153] con comentario de *Gallas*, JZ 1952, pág. 371; BGH NStZ 1984, pág. 73; OLG Oldenburg DAR 1955, pág. 300), con lo que viene a presuponerse la concurrencia de los requisitos limitadores mencionados más arriba. La jurisprudencia extiende incluso el deber de garante al parentesco por afinidad (BGH 13, 162 [166]) y a los esponsales (BGH JR 1955, pág. 104) sin recurrir ni siquiera a una relación de custodia[42].

b) Una reconocida fuente de deberes de garante son, además, las **relaciones estrechas de comunidad**. También es aquí determinante que, con origen en las recíprocas relaciones de dependencia y confianza, se asuman riesgos mayores o no se adopten cualesquiera otras medidas de seguridad (comunidad de peligro, convivencia análoga al matrimonio, relaciones de asistencia)[43].

Ejemplos: El guía de una excursión de montaña está obligado, en tanto que él mismo busca auxilio, a proveer de todas las prendas de abrigo existentes a los miembros de la expedición que, a causa de su debilidad, se habían quedado atrás (BG Praxis 46 [1957] pág. 302 [306]; vid., además, Obergericht Bern SchwJZ 1945, 42 [44 ss.]). El alojamiento en la propia casa de personas necesitadas de asistencia convierte en deber jurídico el

---

[40] Mostrando su acuerdo, *Geilen*, FamRZ 1964, pág. 391; mostrándose críticos, con razón, *H. Mayer*, Grundriß pág. 79; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 49; *Schünemann*, Unterlassungsdelikte págs. 357 ss.

[41] Disiente *Jakobs*, Allg. Teil 29/62.

[42] Acertadamente en contra, *Geilen*, FamRZ 1961, págs. 155 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 18; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 49.

[43] Igualmente, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núms. 90 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 13 núm. 10; *Lackner*, § 13 núm. 10; *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núm. 25; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 25; *Bärwinkel*, Garantieverhältnisse págs. 137 ss. En contra, por motivos derivados de la seguridad jurídica, *Doering*, MDR 1972, pág. 665. Acerca de la participación en la esfera íntima de otra persona como criterio para las relaciones estrechas de comunidad vid. *Honig*, Schaffstein-Festschrift págs. 98 ss.

cuidado necesario (RG 69, 321; 73, 389 [391]; 74, 309 [311]). El mismo criterio fue aceptado en una comunidad de vida homosexual (AG Duisburg MDR 1971, pág. 10)[44]. La simple comunidad doméstica, sin embargo, no fundamenta por sí sola una posición de garante (BGH NStZ 1983, pág. 117; NStZ 1984, pág. 163; NStZ 1985, pág. 122)[45]. Tampoco se deriva ningún deber de garante de la circunstancia de haber estado bebiendo juntas varias personas sino que, más bien, cada uno debe velar por sí mismo de la seguridad de su regreso (BGH NJW 1954, pág. 1047). También resulta rechazable un deber de garante genérico deducido de una comunidad de empresa y destinado a evitar daños patrimoniales (de otra opinión, BGH 2, 325 [326]).

c) Una tercera razón jurídica destinada a la fundamentación de una posición de garante es su **asunción voluntaria** frente a la persona que sufre el peligro o frente a un tercero en beneficio de aquélla[46]. Especialmente importante resulta aquí que el afectado, confiando en la disponibilidad para la intervención del garante, se exponga a un riesgo mayor de lo que en otro caso haría o renuncie a cualquier otra protección, puesto que sólo entonces la asunción voluntaria justifica la responsabilidad criminal[47]. La transmisión autorizada de deberes a un tercero exonera al responsable primario (BGH NJW 1964, pág. 1223; BGH 19, 286). Lo determinante para la posición de garante no es la validez jurídica del acuerdo contractual sino que, más bien, aquélla se fundamenta por su asunción material. De ahí que, excepcionalmente, el deber de garante pueda superar la duración de la validez de un contrato (RG 16, 269 [271]; 64, 81 [84])[48], aunque respecto a su contenido no pueda traspasar los límites del contrato (BGH NJW 1983, pág. 350).

Ejemplos: Es garante quien como alpinista experimentado dirige una excursión de montaña (BG Praxis 46 [1957] pág. 302 [307]), el médico que trata a sus pacientes (RG

---

[44] De acuerdo con este criterio, *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen pág. 169; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 91.

[45] Profundizando en ello, *Rudolphi*, NStZ 1984, págs. 149 ss.

[46] Asimismo, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núms. 82 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 669 ss.; *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núms. 26 ss.; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 58 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núms. 26 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 997 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 214.

[47] Vid. *Stree*, H. Mayer-Festschrift págs. 154 ss.; *Blei*, ibidem págs. 121 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 29/47; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 58 ss. Acerca de la idea de la confianza vid. también *Pfander*, Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag págs. 163 ss. En contra, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1002.

[48] Demasiado lejos va, sin embargo, la RG 17, 260 (261) pues en este caso tras la expiración del contrato de asistencia el acusado dejó de ser responsable del cuidado de la víctima, para pasar a serlo el municipio. Subrayando acertadamente la limitación temporal y de contenido de la asunción voluntaria del deber, *Kienapfel*, JBl 1975, pág. 22.

DR 1943, pág. 897; RG 74, 350 [354]), el médico de urgencias que sustituye a otros compañeros (BGH 7, 211 [212]), la comadrona que debe aliviar el dolor evitable de su paciente (OLG Düsseldorf NJW 1991, pág. 2979) y el empresario como retenedor del impuesto sobre el salario (BGH 23, 319 [322]). Incluso el deseo de morir del suicida no exonera al médico de cabecera de su deber de garante (BGH 32, 367 [374]). El médico competente es garante de la vida del paciente al que admite de modo estacionario (BGH NStZ 1983, pág. 263); lo es asimismo el médico experimentado y con antigüedad de una clínica en la que aconseja a los recién iniciados (BGH NJW 1979, pág. 1258). También es garante el tabernero que incorpora al tráfico viario a un cliente seriamente embriagado y allí lo abandona a su propia suerte (BGH 26, 35, 39). Por el contrario, quien por deferencia sitúa al volante a un conductor que no está en condiciones de guiar el vehículo, no tiene que impedir que éste tras un descanso vuelva a conducir por sí mismo (OLG Karlsruhe JZ 1960, pág. 178, con comentario aprobatorio de *Welzel*). La praxis ha extendido desmesuradamente el deber de garante en virtud de su asunción voluntaria (BGH 5, 187 [190]: deber de impedir los robos sobre la base de un contrato de trabajo; BGH 6, 198: sobre la base de un contrato de obra, se sostiene el deber de comunicar a la otra parte contratante obligada a una prestación previa la situación de insolvencia sobrevenida tras la perfección de aquél). Entretanto, sin embargo, la jurisprudencia ha rechazado un deber de aclaración derivado de la relación de fidelidad y confianza, para el pago en exceso que se produce por error en el marco de unas relaciones contractuales habituales (BGH 39, 392 [con referencias en págs. 399 ss.] con comentario aprobatorio de *Joerden* JZ 1994, pág. 422).

Los principios relativos al origen del deber de garante rigen también para *funcionarios públicos* que tienen que cuidar de un determinado círculo de deberes y que, en este marco, deben evitar con carácter general los peligros que se ciernen sobre determinados bienes jurídicos. La jurisprudencia, sin embargo, va demasiado lejos en este ámbito apelando directamente a la fundamentación formal del deber de garante consistente en que la Ley fija los concretos deberes jurídicos de carácter público. Y así, fue afirmada en múltiples ocasiones la responsabilidad como garantes de los funcionarios de policía por poner trabas a la persecución de delitos que caían en el ámbito de su competencia, fundamentando de esta forma su responsabilidad por los mismos a título de coautores o de cómplices (RG JW 1939, pág. 543; BGH 8, 186 [189])[49]. Frente a ello hay que mantener que sólo puede fundamentarse un deber jurídico de naturaleza pública destinado a

[49] Sobre la cuestión vid. críticamente *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 54c; *Rudolphi*, NStZ 1991, págs. 365 ss.; *Herzberg*, pág. 356; *Grünwald*, ZStW 70 (1958) pág. 425; *Schünemann*, ZStW 96 (1984) pág. 311; *Sangenstedt*, Garantenstellung von Amtsträgern págs. 529 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 18 núms. 79 ss.; *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núm. 29.

la evitación de hechos punibles por parte de un funcionario y, con ello, el deber de garante determinante de su punibilidad, cuando el bien jurídico amenazado le está confiado directamente y su integridad depende de él personalmente (por ejemplo, en el cuidado de presos o de personas internadas o en la ejecución de la persecución penal). Demasiado lejos fue, por tanto, la aceptación de una complicidad por omisión en el delito de favorecimiento de la prostitución (§ 180a I) fundamentada en la posición de garante del director de la oficina municipal de orden público por no intervenir en contra del establecimiento de un burdel (BGH JZ 1986, pág. 967 con comentario crítico de *Rudolphi*, JR 1987, pág. 336 y de *Winkelbauer*, JZ 1986, pág. 1119; de otra opinión para el caso de su conocimiento extraoficial, BGH NStZ 1993, pág. 383). Tampoco la condena del alcalde de una ciudad por la autoría por omisión de un delito de contaminación del agua (§ 324 I), a causa del retraso en la eliminación de las aguas residuales (BGH NJW 1992, pág. 3247[50]), puede apoyarse en la asunción voluntaria del deber de garante pues el bien jurídico de la salubridad de las aguas no está confiado al alcalde y su integridad no depende de él. La sentencia tampoco puede basarse sobre el deber de supervisión de una fuente de peligro (vid. *infra* § 59 IV 4b) pues el peligro de contaminación no procede del municipio sino de los usuarios. En realidad, tanto el director de la oficina municipal de orden público como el alcalde únicamente pueden responder por vía disciplinaria de la omisión producida.

4. La **responsabilidad de determinadas fuentes de peligro** es la idea básica que inspira *el segundo grupo* de posiciones de garante. También hay que distinguir entre tres subgrupos. En primer lugar, por medio de un actuar precedente peligroso puede originarse una situación peligrosa para otra persona que el garante tiene que eliminar. En segundo lugar, las fuentes de peligro que están situadas en el propio ámbito de dominio social pueden desencadenar el deber de garante. Finalmente, existe el deber de control sobre la actuación de personas que el garante tiene que supervisar. La extensión de estos deberes de garante que se originan por "la cercanía del peligro" es más estrecha que la del círculo de deberes que surgen de la posición destinada a proteger un bien jurídico determinado. Mientras que en estos últimos el deber de garante se dirige a la defensa del objeto de protección frente a *cualquier* clase de menoscabo, en los primeros el garante *sólo* tiene que mantener bajo control la fuente de peligro misma.

a) El **deber de garante derivado del actuar precedente peligroso** descansa sobre la prohibición de lesionar a otro ("neminem laede"). Quien provoca el

[50] Sobre la cuestión vid. *Odersky*, Tröndle-Festschrift págs. 295 ss.; *Pfohl*, NJW 1994, pág. 419; *Nestler*, GA 1994, pág. 530 (quien en todo caso acepta una complicidad).

peligro de que otro sea dañado *(injerencia)* debe cuidar de que tal riesgo no se materialice en un resultado típico (RG 24, 339; 64, 273 [276]; BGH 4, 20 [22]; 26, 35 [37]; 37, 106 [115])[51]. Sin embargo, el deber de evitar el resultado no surge de la simple causación de un peligro sino que, más bien, la idea de injerencia debe ser restringida por tres vías[52]. En primer lugar, el actuar precedente debe haber provocado el peligro *cercano (adecuado)* del ocasionamiento del daño[53]. En segundo lugar, la actuación previa debe haber sido *contraria a deber* (aunque no sea culpable) desde un punto de vista *objetivo* (BGH 17, 321; 19, 152; 23, 327; 25, 218; 26, 35 [38]; 34, 82)[54]. Finalmente, la contrariedad a deber debe consistir

---

[51] Asimismo, *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 248 ss.; *Blei,* Allg. Teil págs. 323 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 141 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 46 núms. 95 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 29/29; *Lackner,* § 13 núm. 11; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núms. 31 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 18 núm. 91; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 671; *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núm. 32; *Stree,* H. Mayer-Festschrift págs. 156 ss.; *Welp,* Vorangegangenes Tun págs. 177 ss. Limitadamente, *Pfleiderer,* Garantenstellung aus vorangegangenem Tun págs. 128 ss.; disienten *Lampe,* ZStW 72 (1960) pág. 106; *Langer,* Das Sonderverbrechen pág. 504; *Roxin,* ZStW 83 (1971) pág. 403; *Schünemann,* Unterlassungsdelikte págs. 106 ss., 165 ss., 231 ss., 308 ss.; *el mismo,* GA 1974, págs. 233 ss.

[52] Así, sobre todo, *Rudolphi,* Gleichstellungsproblematik págs. 110 ss.; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 38 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núms. 34 ss.

[53] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Granderath,* Vorangegangenes gefährdendes Verhalten págs. 156 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 46 núm. 97; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 32; *Herzberg,* Unterlassung pág. 301; *Blei,* Allg. Teil pág. 323; *Rudolphi,* Gleichstellungsproblematik págs. 120 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núm. 34; *Kienapfel,* JBl 1975, pág. 83; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 1005 ss., quien recurre con acierto a la aptitud del comportamiento previo para la producción del resultado y el deber de su impedimento que de ello resulta. En contra, sin embargo, *Jakobs,* Allg. Teil 29/39; *AK (Seelmann)* § 13 núm. 112.

[54] Así, *Hippel,* Tomo II pág. 166; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. II 3d; *Mezger,* Lehrbuch pág. 147; *Blei,* Allg. Teil pág. 324; *Lackner,* § 13 núm. 11; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 33; *Henkel,* MSchrKrim 1961, pág. 183; *Rudolphi,* Gleichstellungsproblematik págs. 157 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* § 13 núm. 35; *Welzel,* Lehrbuch pág. 216; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 673 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 725; *WK (Nowakowski)* § 2 núm. 27. Una extendida opinión, sin embargo, se conforma con *cualquier* acción fundamentadora del peligro sin consideración a su cualificación jurídica; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 248; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 141; *Granderath,* Vorangegangenes gefährdendes Verhalten págs. 149 ss.; *Heinitz,* JR 1954, pág. 270; *Herzberg,* JuS 1971, pág. 74; *el mismo,* Unterlassung págs. 294 ss.; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 191; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 46 núm. 99; *Olshausen,* nota preliminar núm. 7c antes del § 47; *Vogt,* ZStW 63 (1951) pág. 403; *Welp,* Vorangegangenes Tun págs. 209 ss. (diferenciando para el caso de legítima defensa págs. 271 ss.; asimismo, *Maiwald,* JuS 1981, pág. 483). Restringidamente, *Jakobs,* Allg. Teil 29/39. También con un criterio diferenciador, *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1009, quien en el actuar precedente cubierto por el riesgo permitido, a diferencia de lo que sucede con los "derechos de intervención", niega el requisito de la contrariedad a deber. Vid., además, *Otto/Brammsen,* Jura 1985, págs. 649 ss. Los casos en los que concurren deberes de

en la infracción de la norma que sirve precisamente para la protección del bien jurídico afectado[55]; rechazable resulta, pues, el criterio mantenido por la BGH 17, 321 (323) en la que el deber de evitar el falso testimonio en un proceso de divorcio fue basado sobre una relación adúltera del acusado con la testigo (vid. también con un criterio correcto las OLG Schleswig NStZ 1982, pág. 116; OLG Hamm NJW 1992, pág. 1977). Por injerencia es también responsable quien neutraliza una condición protectora existente, quien elimina a otra persona dispuesta a la protección y quien hace surgir una nueva fuente de peligro que puede consistir en el desencadenamiento de fuerzas naturales o en la no supervisión de las personas a él confiadas.

Ejemplos: Actualmente la *cercanía del peligro* es exigida con carácter general por la jurisprudencia. Y así, la complicidad en el falso testimonio por omisión demanda la posición correcta de una afirmación falsa, de forma que haya sido creado el peligro especial de un perjurio que no sea característico del proceso en el que se testifica (RG 75, 271 [274 ss.]; BGH NJW 1953, pág. 1399; NJW 1954, pág. 1818; BGH 17, 321 [322]); la persona ebria incapaz de conducir debe haber sido colocada en una situación de peligro intensificada (Bay ObLG NJW 1953, pág. 556; OLG Karlsruhe JZ 1960, pág. 178; OLG Oldenburg NJW 1961, pág. 1938). También el requisito de la *contrariedad a deber del actuar precedente* se ha impuesto paulatinamente en la jurisprudencia (anteriormente, con una opinión diversa RG 51, 9 [12]; BGH 3, 203 [205]; no se discute en la BGH 11, 353)[56]. Del despacho de bebidas alcohólicas como una "forma de comportamiento reconocido generalmente como socialmente adecuado", no se sigue el deber del hostelero de impedir las acciones punibles de los clientes (BGH 19, 152 [154]; con otro criterio anteriormente, BGH 4, 20). La lesión del agresor en la legítima defensa no convierte al agredido en garante (BGH 23, 327)[57]. El conductor que se ha comportado adecuadamente con las normas de tráfico no posee frente a la única víctima culpable del accidente ninguna posición de garante (BGH 25, 218 [221] con comentario aprobatorio de *Rudolphi*, JR 1974, pág. 160); diferente es el caso en el que el conductor infringe las normas de

---

aseguramiento del tráfico son tratados *infra* § 59 IV 4b; en ellos se trata de actuaciones previas permitidas.

[55] Vid. *Stree*, Klug-Festschrift Tomo II págs. 399 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 33; *Wessels*, Allg. Teil núm. 725.

[56] La opinión contraria se remite sobre todo a la situación de legítima defensa y teme una especie de "situación de intranquilidad" para el agresor herido (*Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 248); pero lo hace incorrectamente pues el agredido está siempre sometido al deber de prestación de auxilio según el § 323c.

[57] La sentencia, intensamente discutida, es rechazada por *Eser*, Strafrecht II núm. 27 A núm. 11; *Herzberg*, MDR 1971, págs. 74 ss.; *Welp*, JZ 1971, págs. 433 ss. Mostrando adecuadamente su acierto, *Bringewat*, MDR 1971, págs. 716 ss.; *LK (11.ª)(Spendel)* § 32 núm. 334; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 37; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 41.

tráfico y este comportamiento se encuentra en conexión directa con el accidente (BGH 34, 82 [84] con comentario de *Herzberg*, JZ 1986, pág. 987, quien entiende que aquí se ha renunciado al criterio de la contrariedad a deber). La introducción en el mercado de un spray dañino para la salud obliga al director de la empresa a su retirada (BGH 37, 106 [115]) con comentario de *Puppe*, JR 1992, pág. 30). Ejemplos de la *neutralización del titular del bien jurídico* los ofrece la jurisprudencia en relación con el § 221 (RG 31, 165 [166]; 54, 273; BGH 4, 113 [115])[58]. El padre soltero que persuade a su prometida a que busque antes del parto un lugar solitario para que el niño deba morir, *anula* las *instancias de protección* que en otro caso existirían (RG 66, 71). El caso principal de la posición de garante derivada de un actuar precedente es la *apertura de nuevas fuentes de peligro*. Y así, en especial el conductor que contrariamente a deber sitúa a otro en peligro de muerte debe procurar como garante el auxilio médico (BGH VRS 13, 120 [122]; BGH 7, 287 [288]; vid. también la BGH 25, 218). Quien hace que otro se emborrache de forma que éste ya no pueda actuar responsablemente, debe evitar los peligros que se ciernen sobre el propio embriagado y sobre terceras personas (BGH 19, 152 [155])[59]. En la autopuesta en peligro realizada responsablemente por otra persona (entrega de heroína para el propio consumo) también es defendible la posición de garante del suministrador si aquél se encuentra en peligro de muerte (BGH NStZ 1984, pág. 452; de otra opinión, OLG Stuttgart MDR 1981, pág. 157). Incluso la creación contraria a deber del peligro de comisión un hecho punible por parte de una persona plenamente responsable debe comportar responsabilidad penal por la omisión de la prevención del delito (BGH 2, 279 [283 ss.]; 17, 321 [323]), aunque sólo sea a título de complicidad por omisión[60].

b) De forma correlativa al deber de aseguramiento en el tráfico en Derecho civil (BGH NJW 1961, 868 [869]; NJW 1962, 791 [792])[61], también en Derecho penal existe un **deber de garante para la supervisión de fuentes de peligro** que estén situadas dentro del propio ámbito de dominio y, ciertamente, sin consideración ninguna a la asunción voluntaria de su custodia o a un actuar precedente infractor[62] (de ahí que este punto de vista deba diferenciarse de las dos fuentes del deber de garante tratadas anteriormente[63]). La fundamentación

---

[58] Vid. al respecto *SK (Horn)* § 221 núm. 6.

[59] Vid. *Cramer*, GA 1961, pág. 101; *Geilen*, JZ 1965, págs. 469 ss.

[60] Vid. *Gallas*, JZ 1960, pág. 687; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 42.

[61] Vid. *v. Caemmerer*, Gesammelte Schriften Tomo I págs. 562 ss.; una recopilación de la jurisprudencia penal puede encontrarse en *Schünemann*, Unterlassungsdelikte págs. 303 ss. Vid., además, *Kuhlen*, Strafrechtliche Produkthaftung pág. 173 nota a pie núm. 16.

[62] Vid. *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núms. 43 ss.; *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núm. 35; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 26 ss.; *Granderath*, Vorangegangenes gefährdendes Verhalten págs. 161 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 675 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1019 ss.

[63] Vid. *Kugler*, Ingerenz págs. 147 ss.; *Otto*, NJW 1974, pág. 532; *Schünemann*, Unterlassungsdelikte págs. 284 ss.

para ello reside en que la comunidad debe poder confiar en que, quien ejerce el poder de disposición sobre un determinado ámbito de dominio o sobre un espacio delimitado que está abierto a los demás o que puede influir sobre ellos, domina los peligros que en este ámbito pueden derivarse bien de estados o situaciones peligrosas o bien de animales, dispositivos o instalaciones.

Ejemplos: Es garante quien como arrendatario asume el deber de cuidar el inmueble (OLG Celle NJW 1961, pág. 1939), quien asume la supervisión de los automóviles de una empresa para preservar la seguridad del tráfico (OLG Hamm VRS 20, pág. 465) o quien ante una parada repentina debe advertir al tráfico que le sigue (BGH VRS 17, 424 [428]). La omisión indebida de la iluminación de un pasillo conduce a la aplicación del § 230[64] si, a consecuencia de la oscuridad, alguien resulta herido (RG 14, 362 [363]). El deber de garante del titular de una vivienda destinado a evitar los delitos que otros cometen en su interior puede derivarse del hecho de aquélla, a causa de su estado o situación, se presente como una fuente de peligro (BGH 30, 391 [396]; BGH NJW 1993, pág. 76). La responsabilidad del titular de un vehículo por no mantenerlo en condiciones de seguridad para el tráfico reside en su deber de supervisión del mismo (BGH VRS 17, 388 [390]); lo mismo sucede si aquél no impide la conducción de un vehículo a quien no se encuentra capacitado o habilitado para ello (BGH 18, 359 [361]; BGH VRS 14, 191 [195]; VRS 20, 282). El propietario de una casa debe evitar el incendio en tanto que de éste se derive un peligro para la colectividad (§ 306) (OGH 3, 1 [3 ss.]). De la dirección de una obra se derivan deberes graduales de control para los distintos intervinientes (BGH 19, 286 [288 ss.]; OLG Karlsruhe NJW 1977, pág. 1930; OLG Stuttgart NStZ 1985, pág. 124)[65]. El dueño de un animal doméstico es responsable dentro de los límites de su deber de cuidado por los daños ocasionados por sus animales (OLG Bremen NJW 1957, pág. 72; OLG Bremen VRS 23, 41[42]). Un campo de fútbol debe estar protegido de la carretera nacional (BGH VRS 18, 48 [51]). También existe un deber de aseguramiento de la circulación en las pistas de ski (BGH GA 1971, pág. 333; NJW 1973, pág. 1379)[66]. Estando sobrio el alcohólico crónico que es titular de un vehículo debe incluso deshacerse del mismo (omissio libera in causa) (BayObLG JR 1979, pág. 289, con comentario de *Horn*).

Por el contrario, el hostelero no debe ser castigado por un delito de receptación basado en su colaboración en la venta cuando no impide el ofrecimiento en su local de los objetos robados (de otra opinión RG 58, 299; correctamente sin embargo OLG Schleswig NJW 1954, pág. 285), puesto que las estancias del restaurante no son ninguna fuente de peligro[67]. Incluso la violación que se desarrolla en una taberna en la que el due-

[64] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

[65] *Gallas*, Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten págs. 32 ss.; *Brammsen*, Entstehungsvoraussetzungen págs. 259 ss.

[66] *Padrutt*, SchwZStr 87 (1972) pág. 63.

[67] En el sentido del texto, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1020; *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núm. 44; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 37; *Herzberg*, Die Unterlassung págs. 332 ss.

ño deja que ésta tenga lugar sólo debe desencadenar la punibilidad en virtud del § 323c (BGH GA 1971, pág. 337). Y cuanto más si lo que se comete son unas lesiones corporales (de otra opinión, BGH NJW 1966, pág. 1763). También se formulan objeciones frente al deber de garante que se fundamenta en el alojamiento de otro en la propia vivienda (así, sin embargo, BGH 27, 10 con comentario crítico de *Naucke*, JR 1977, pág. 290)[68]. Finalmente, tampoco por medio de una "posición de monopolio" en un ámbito determinado de dominio puede ser fundamentado el deber de prestación de auxilio[69]; así sucede, por ejemplo, cuando el capitán de un barco descubre a un polizón a bordo y no cuida de él, de modo que éste acaba sufriendo graves daños para su salud[70]. La sentencia BGH NJW 1992, pág. 3247, acerca de la responsabilidad penal del alcalde de una ciudad por la omisión de la eliminación de aguas residuales, no puede fundamentarse con el deber de supervisión de una fuente de peligro puesto que la contaminación del agua no deriva del municipio sino de los usuarios (vid. *supra* § 59 IV 3c *in fine*).

c) Del punto de vista relativo a la cercanía del peligro puede derivarse también **responsabilidad como garante de la actuación de terceras personas** y, en verdad, sin consideración alguna a un actuar precedente o a la asunción voluntaria del deber[71]. Decisiva es además la idea de que la colectividad, en atención a posiciones de autoridad o vigilancia existentes, confía en que el obligado controla los riesgos que proceden de la persona a la que se supervisa.

Ejemplos: Las personas encargadas de la educación de menores de edad y que se encuentran bajo su supervisión deben cuidar de que éstos no cometan delitos (BGH FamRZ 1958, pág. 211); en cambio, no sucede lo mismo con el padre respecto a su hijo ya adulto (de otra opinión la KG JR 1969, pág. 27, con comentario crítico de *Lackner*). La posición de garante de los superiores jerárquicos en la función pública (§ 357) y de los militares de mayor rango (§ 41 WStG) está regulada en la propia Ley. Para los oficiales de barco se deriva del § 108 SeemansG la obligación de impedir los actos de contrabando de la tripulación (RG 71, 176 [177]). Lo mismo sucede con el deber de garante que posee el profesor con sus alumnos respecto a los delitos cometidos en el ámbito escolar. El personal de prisiones es responsable de que los internos no cometan acciones punibles (RG 53, 292).

---

[68] En el sentido del texto, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 91; *Jakobs*, Allg. Teil 29/37; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1020; vid. también BGH NJW 1993, pág. 76.

[69] Así, acertadamente, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1020.

[70] Sobre la cuestión en su conjunto vid. *Lanscheidt*, Stellung in Räumlichkeiten págs. 73 ss. Negando con razón un deber de garante del propietario de una casa en relación con el insulto escrito en uno de sus muros, *Weber*, Oehler-Festschrift pág. 93.

[71] *AK (Seelmann)* § 13 núms. 127 ss.; *Lackner*, § 13 núms. 14 ss.; *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núms. 41 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núms. 51 ss; *SK (Rudolphi)* § 13 núms. 32 ss.; *Schünemann*, Unterlassungsdelikte págs. 323 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 994; *Wessels*, Allg. Teil núm. 724.

Por el contrario, no existe un deber jurídico del capataz en la evitación de un hurto que perjudica al empresario por parte de un trabajador subordinado a aquél (OLG Karlsruhe GA 1971, pág. 281); demasiado lejos va la decisión de hacer responsable como garante al ingeniero de caminos cuyo chófer que va camino de recogerle, sin haber bebido alcohol y respetando el deber de no alejarse del lugar del siniestro, provoca un accidente (BGH VRS 24, 34). De la comunidad de vida marital no se derivan ningún tipo de deber de impedir la comisión de delitos (con otro criterio, RG 64, 162 [166]; 74, 283 [285]; BGH 6, 322 [323 ss.]; BGH NJW 1953, pág. 591; BGH LM § 47 núm. 5; mostrando sus dudas, no obstante, BGH 19, 295 [297]; en el sentido del texto, OLG Stuttgart NJW 1986, 1767 [1768 ss.])[72]. El Tribunal Federal suizo ha aceptado un deber de intervenir del titular de la empresa frente al tráfico prohibido de armas de sus directivos (BGE 96, IV 155) ("Caso Bührle"; sobre el mismo vid. *Schubarth*, SchwZStr 92 [1972] págs. 369 ss.).

5. El deber de garante puede derivarse por varias de las causas mencionadas anteriormente (por ejemplo, el padre no rescata a su hijo quien se ha puesto a sí mismo en peligro de muerte de forma negligente; vid. también el caso resuelto por la BGH JR 1957, pág. 347). Tal **concurso de deberes de garante** fortalece la exigibilidad de la acción de rescate (vid. *infra* § 59 VIII). Si concurren deberes de acción incompatibles frente a distintas personas, entonces estaremos ante un supuesto de conflicto de deberes (vid. *supra* § 47 I).

V. La correspondencia con los elementos de la acción (segundo criterio de equivalencia)

1. En los delitos de omisión impropia la imputación objetiva del resultado típico descansa sobre el hecho de que, en lugar de la causación de la consecuencia material por un hacer positivo, tiene lugar su no evitación frente a la vigencia de un deber de garante (vid. *supra* § 59 IV 1)[73]. Frente a los delitos de causación pura como el homicidio (§ 212), lesiones corporales (§ 223), daños (§ 303) o incendio imprudente (§ 309[74]), hay sin embargo infracciones penales comisivas en los que el hecho típico no consiste en la producción por sí sola del resultado, sino que ésta debe acontecer de *forma y manera determinada.*

---

[72] *H. Mayer*, Materialen Tomo I pág. 275, a la vista de la actual praxis, habla de "responsabilidad por estirpe". En el mismo sentido se pronuncia ahora la doctrina mayoritaria; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 59; *Tenckhoff*, JuS 1978, pág. 311; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 53; *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núm. 43; *Lackner*, § 13 núm. 14; *Wessels*, Allg. Teil núm. 724; *Geilen*, FamRZ 1961, págs. 157 ss.; *Bärwinkel*, Garantieverhältnisse págs. 154 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 668; *Welzel*, Lehrbuch pág. 214.

[73] *Arzt*, JA 1980, pág. 553, habla de la "función tamizadora" de la posición de garante.

[74] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306d (N del T).

Ejemplos: En la estafa (§ 263) el perjuicio patrimonial debe ser provocado mediante "engaño" y en la extorsión (§ 253) por medio de "violencia o amenaza de un mal sensible". El favorecimiento de acciones sexuales por parte de menores de edad (§ 180) presupone la omisión de un delito "por mediación o suministro de la oportunidad". Sólo concurren unas lesiones corporales agravadas (§ 223a[75]) cuando el perjuicio para la salud se inflige "mediante un instrumento peligroso" o de cualquier otro modo similar.

En estas disposiciones penales el injusto específico de la acción no consiste sólo en la causación del resultado típico sino, *también*, en la forma y modo de comisión del hecho. ¿Pero qué sucede en estos casos con el **injusto de acción de los delitos de omisión** si, por regla general, el simple hecho de permanecer inmóvil no puede cumplir con los elementos positivos de la acción[76]? Como segundo criterio de equivalencia el § 13 exige que la omisión debe *corresponderse* con la realización del tipo legal por medio de una acción. Por lo tanto, el injusto específico de acción de la no evitación del resultado en los delitos con elementos especiales de la acción sólo puede corresponderse con el hacer positivo si el resultado se realiza aproximadamente como exige el tipo (por ejemplo, mediante engaño, violencia, búsqueda de una oportunidad o empleo de un instrumento peligroso) o de una forma que pueda equipararse valorativamente (BGH 28, 300 [307]: la omisión de la eliminación de interferencias por el tacógrafo no constituye una intervención perturbadora en el sentido del § 268 III)[77]. Éste es el único sentido

[75] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 (N del T).

[76] *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 682, excluye siempre en estos casos la posibilidad de una omisión típica.

[77] En este sentido se pronuncia inequívocamente el E 1962 Fundamentación pág. 125; de forma imprecisa, por el contrario, BT-Drucksache V/4095 pág. 8. La doctrina mayoritaria se muestra a favor de la limitación del segundo criterio de equivalencia a los tipos que poseen modalidades comisivas que van más allá de la causación del resultado; vid. *Gallas*, Niederschriften Tomo XII pág. 80; *el mismo*, ZStW 80 (1968) págs. 19 ss.; *Jescheck*, Niederschriften Tomo XII págs. 96 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 330; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 142; *Jakobs*, Allg. Teil 29/7, y 78 ss.; *Herzberg*, Unterlassung págs. 66 ss.; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 288; *el mismo*, JuS 1964, pág. 177; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núms. 5 ss.; *Kienapfel*, ÖJZ 1976, 199 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 18 núms. 122 ss.; *Roxin*, Einführung págs. 6 ss.; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik págs. 57 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 13 núm. 4; *Schünemann*, ZStW 96 (1984) págs. 313 ss.; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 18; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1036; *Welzel*, Lehrbuch pág. 219; *Eser*, Strafrecht II núm. 25 A núm. 42; *Wessels*, Allg. Teil núm. 730; AE Fundamentación del § 12 *in fine*. Mostrando sus dudas frente a la fórmula de equivalencia *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 252; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen pág. 338. Por el contrario, hay que rechazar la opinión de que también en los delitos de resultado que no poseen elementos especiales de la acción debe tener lugar un segundo examen sobre la equivalencia entre la omisión y la acción; en este sentido, sin embargo, *Androulakis*, Unterlassungsdelikte págs. 219 ss.; *Kahlo*, Pflichtwidrigkeitszusammenhang pág. 322; *Henkel*, MSchrKrim 1961, págs. 178 ss.; *Arthur Kaufmann/*

de la cláusula de equivalencia del § 13 I[78]. En cambio, la ausencia del injusto de acción no puede ser compensada a través de una "valoración global del hecho" pues conduciría a una puesta en peligro de la seguridad jurídica[79]. Lo que resulta dudoso es dónde hay que buscar los elementos de la correspondencia como, por ejemplo, cuando en la estafa el autor no engaña sino que deja que éste suceda o que se mantenga. En cualquier caso, hay que recurrir tanto al ámbito del injusto como al de la culpabilidad si el autor ha provocado (sin dolo) el error mismo o cuando ha abusado de una relación de confianza especialmente estrecha[80].

2. Determinados delitos exigen además la existencia de *elementos especiales de la autoría*. Éstos pueden concurrir sin mayor problema en el autor de la omisión cuando se trata de elementos determinantes de un status jurídico (por ejemplo, la condición de funcionario, §§ 11 I núm. 2, 340, o el de médico en el § 278). Por el contrario, en los delitos que presuponen una determinada forma de vida (verbigracia, en el de rufianería del § 181a) o que sólo pueden ser cometidos de propia mano (vid. *supra* § 26 II 6) está excluida una autoría por omisión porque el autor sólo puede ser quien, respectivamente, lleva esa forma de vida o realiza por sí mismo la conducta incriminada[81]. Además, en la mayoría de las ocasiones estas disposiciones no presuponen un resultado típico sino que se agotan con la realización de una simple actividad, de modo que por ello no pueden ser cometidas mediante una simple omisión (vid. *supra* § 59 III 1).

VI. El dolo en los delitos de omisión

Tampoco las reglas que se desarrollaron en los delitos de comisión relativas al *dolo* (vid. *supra* § 29 III) pueden ser aplicadas directamente a los delitos de omisión. Más bien, requieren una **adaptación** al hecho de que está ausente un hacer positivo portador de una voluntad de actuación. Y así, en primer lugar, en

---

Hassemer, JuS 1964, pág. 153; *Pallin*, ZStW 84 (1972) pág. 200; *WK (Nowakowski)* § 2 núm. 13; österr. OGH JBl 1972, pág. 276.

[78] Disiente de una generalización de esta naturaleza *Nitze*, Entsprechungsklausel págs. 107 ss.

[79] En esta dirección, *Blei*, Allg. Teil pág. 331; *Arzt*, JA 1980, pág. 717; *Dreher/Tröndle*, § 13 núm. 17; *Lackner*, § 13 núm. 16; *AK (Schild)* nota preliminar núm. 194 antes del § 13; OLG Karlsruhe MDR 1975, pág. 771.

[80] Vid. *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 5; *Roxin*, Einführung pág. 7; *Jakobs*, Allg. Teil 29/78 ss. (con ejemplos); *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1036; *Runte*, Jura 1989, pág. 130 ("la no aclaración del lado de una de las partes contratantes acerca de un cambio decisivo del sustrato fáctico se corresponde con una acción engañosa").

[81] Vid. *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 288; *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik pág. 63; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 10.

los delitos de omisión el tipo objetivo y, con ello, el propio *objeto del dolo*, está estructurado de un modo diverso al de los delitos de comisión; y, en segundo lugar, también en parte la propia *estructura del dolo* debe determinarse de una forma distinta[82].

1. Al *tipo objetivo de los delitos de omisión* pertenecen la situación típica, la ausencia de la acción preceptiva y la capacidad individual de acción en la situación concreta (BGH NJW 1953, pág. 1838; OLG Köln NJW 1973, pág. 861). Asimismo, en los delitos de omisión impropia se añaden el resultado típico y la probabilidad rayana en la certeza de su evitabilidad. Durante mucho tiempo fue dudosa la cuestión de si, además, en el tipo objetivo del delito omisivo habría que contar también con el *deber de garante* (así ocurría anteriormente en relación con los delitos de omisión impropia, BGH 2, 150 [1551; 3, 82 [89]; 4, 327 [331]; 5, 187 [189]; 14, 229 [2321; acerca de los delitos de omisión propia, RG 52, 99 [102]; 75, 160 [163]; BGH GA 1959, 87 [89]; BGH JZ 1958, 506 [508]). Sin embargo, hay que decir que al tipo del delito de omisión impropia **sólo** pertenecen **los elementos de la posición de garante**, pero no el deber de acción mismo que ser deriva de aquélla; dicho deber, al igual que sucede con la obligación de abstenerse en los delitos de comisión, es una parte integrante de la antijuricidad (BGH 16, 155 [158])[83]. En la misma línea camina la distinción en los delitos de omisión propia entre el supuesto de hecho descrito en el tipo y conectado con el deber jurídico de actuar y el deber de acción mismo que no pertenece al tipo (BGH 19, 295 [298])[84].

---

[82] La visión de *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 66 ss., 110 ss., 309 ss.; *el mismo*, v. Weber-Festschrift págs. 218 ss. y *Welzel*, Lehrbuch pág. 205, de que en los delitos de omisión no existe dolo por la ausencia de finalidad, está ya superada; vid. *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift págs. 286 ss.; *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 96 antes del § 13; *Roxin*, ZStW 74 (1962) pág. 530; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 21antes del § 13; *Spendel*, JZ 1973, pág. 141; *Jakobs*, Allg. Teil 29/82; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 93; *LK (11.ª) (Schroeder)* § 16 núms. 216 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1037. Vid., además, BGH NJW 1992, pág. 583.

[83] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Androulakis*, Unterlassungsdelikte págs. 253 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 335; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 240 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 16 núm. 12; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 129 ss., 306 ss.; *Arthur Kaufmann*, JZ 1963, págs. 504 ss.; *Lackner*, § 15 núm. 7; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núms. 82 ss.; *Schaffstein*, Göttinger Festschrift págs. 198 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 94; *Wessels*, Allg. Teil núm. 732; *WK (Nowakowski)* § 2 núm. 32. *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1039, exige también en relación con el deber de garante "una valoración paralela en la esfera del profano", en el sentido de que el omitente, como mínimo, haya sido consciente "de su responsabilidad por un determinado ámbito fáctico". Por el contrario, *Kohlrausch/Lange*, System nota preliminar II 3 y *E. A. Wolff*, Kausalität págs. 49 ss., sostienen que el deber de garante también pertenece al tipo.

[84] Así, la doctrina mayoritaria; vid. *Geilen*, JuS 1965, pág. 427; *Welzel*, NJW 1953, pág. 329.

2. En los delitos comisivos el *contenido del dolo* es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal (vid. *supra* § 29 II 2). En aquéllos, el querer reside en la dirección del hacer positivo con lo que, como mínimo, el autor se conforma con la realización del tipo legal; por su parte, el conocimiento reside en que al menos el autor ha considerado seriamente el cumplimiento del tipo legal (vid. *supra* § 29 III 3a). La cuestión reside en si en la omisión existe una **relación comparable** del autor con el tipo objetivo[85].

a) Puede suceder que el autor de la omisión, a la vista de la situación típica y con consciencia de su capacidad de acción, adopte la **resolución** de permanecer inactivo[86].

Ejemplos: El médico de guardia decide no ingresar por la noche a un herido grave por no quedar ninguna cama libre (OLG Köln NJW 1957, 1609 [1610]). El taxista que ha llevado a un camino vecinal apartado a varios jóvenes y una chica se decide a no evitar la violación que se comete en su vehículo para "no tener nada que ver con el asunto" (BGH 16, 155 [159]).

En estos supuestos el conocimiento y la voluntad se comprueban y se diferencian como en el delito de comisión. Tanto el médico con su paciente como el taxista con la víctima de la agresión sexual *quieren* abandonarlos a su propia suerte, sabiendo también exactamente lo que sucede.

b) Sin embargo, no siente es demostrable una auténtica resolución dirigida a abandonar el curso de las cosas a la vista de su desarrollo peligroso[87]. Ello sucede especialmente cuando la situación típica no experimenta ninguna agravación dramática, sino que se desarrolla paulatinamente y, en consecuencia, el autor de la omisión no puede esforzarse en adoptar su resolución.

Ejemplos: La esposa descubre poco a poco que su marido proyecta el robo de un banco. Cuando una mañana aquél sale de la casa con un martillo aquélla piensa para sí misma: "ahora lo va a hacer", pero no dice nada (BGH 19, 295 [296]). Con el tiempo la esposa se da cuenta de que su amante trama acabar con la vida de su marido, pero no hace nada por evitar el asesinato (RG 73, 52).

---

[85] Aceptan la homogeneidad entre el dolo de la acción y de la omisión, *Lampe,* ZStW 72 (1960) pág. 99; *el mismo,* ZStW 79 (1967) págs. 508 ss.

[86] De acuerdo con el parecer mayoritario de la doctrina, la posibilidad real de que ello suceda se apoya en las teorías de la interferencia sobre la causalidad de la omisión; vid. *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 143; *Engisch,* JZ 1962, pág. 190; *Hardwig,* ZStW 74 (1962) pág. 34; *Lampe,* ZStW 72 (1960) págs. 98 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 46 núm. 120; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 96; H. *Mayer,* Grundriß pág. 81; *Roxin,* ZStW 74 (1962) pág. 530; *Schultz,* SchwZStr 77 (1961) pág. 209; *E. A. Wolff,* Kausalität págs. 47 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1042.

[87] Vid. *Grünwald,* H. Mayer-Festschrift págs. 285 ss.; oponiendo objeciones, sin embargo, *Nowakowski,* JBl 1972, pág. 32.

En tales casos, difícilmente puede hablarse de una resolución a permanecer inactivo como decisión de la voluntad. En ellos, más bien, el dolo se agota en el **conocimiento** de la situación típica y en la **consciencia** de la propia capacidad de acción. Deja de estar presente una intervención de la voluntad en la omisión y, en consecuencia, tampoco es posible la "intención" como modalidad de dolo (vid. *supra* § 29 III 1)[88]. En estos supuestos es suficiente con que el omitente, como mínimo, se mueva dentro de los límites de la consciencia[89] de aquello que sucede, de lo que debió y también de lo que pudo hacer (BGH GA 1968, pág. 336); así sucede, por ejemplo, cuando la esposa del ladrón de bancos intuía lo que iba a suceder y se decía a sí misma que por lo menos debería intentar persuadir a su marido del plan delictivo (§ 139 III). Delitos de intención como la estafa (§ 263) son igualmente posibles si el autor se decide a no aclarar un error determinado para alcanzar así la ventaja dimanante de la disposición patrimonial de quien yerra[90]. Cuando falta la resolución la dificultad reside sobre todo en la delimitación del dolo eventual de la culpa consciente, porque en absoluto tiene lugar un auténtico esfuerzo volitivo en el que pueda ser acogida la posibilidad de realización del tipo (vid. *supra* § 29 III 3a). En esta situación resulta determinante la **representación** que tenga el omitente en torno a la situación típica, la posición de garante y la posibilidad de acción (BGH *Holtz*, MDR 1984, pág. 795), así como la actitud personal ante el curso del acontecimiento: si, como sucedía con la mujer del ladrón de bancos, el omitente considera seriamente la posibilidad de que el hecho suceda y se conforma con la realización del tipo, entonces hay que aceptar la existencia de un dolo eventual; en cambio, si confía en que el otro finalmente abandone el hecho, como posiblemente sucedía con la mujer del asesinado, entonces sólo entra en juego la imprudencia consciente[91].

3. La opinión mayoritaria está en contra de la teoría, ya rechazada *supra* § 59 VI nota a pie núm. 82, de que en los delitos de omisión no existe el dolo y de que aquí el injusto

[88] Así, *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift pág. 289. Negando en todo caso el dolo en la omisión, *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 126.

[89] Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 144; *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift págs. 294 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 29/87; *Platzgummer*, Bewußtseinsform págs. 63 ss., 82 ss.; *Schaffstein*, Göttinger Festschrift pág. 201 nota a pie núm. 67; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 46 núm. 113; *Wessels*, Allg. Teil núm. 732. Por el contrario, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1045 y *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 24, antes del § 13, exigen sólo la representación de que podría haber concurrido una posibilidad de rescate.

[90] Así también, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 98; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núms. 27 ss. antes del § 13; *Maaß*, Betrug verübt durch Schweigen págs. 7 ss.

[91] Vid. *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 26 antes del § 13; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 98; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1048.

de acción se determina de otro modo: a saber, por medio de la *ausencia de la resolución* de llevar a cabo la acción preceptiva, cuando se ha reconocido la situación típica y la posibilidad de rescate[92]. En contra de ello habla sin embargo el hecho de que algo puramente negativo no podría sustituir al dolo. Si, como mínimo, el autor de la omisión no se ha representado la acción preceptiva "dentro de los límites de la consciencia" entonces ha actuado como mucho de forma imprudente[93].

VII. La imprudencia en los delitos de omisión

1. La "comisión" imprudente también entra en consideración en los delitos omisivos. En los *delitos de omisión propia* el Código penal castiga la imprudencia en algunos casos (por ejemplo, §§ 138 III, donde por lo menos es exigido el conocimiento del hecho inminente; 283 V núm. 1 en conexión con el apartado 1 núm. 5; 326 IV en conexión con el apartado 2)[94]. *Delitos de omisión impropia* regulados legalmente en los que es suficiente la imprudencia son la puesta en peligro del tráfico viario por no poner en conocimiento la existencia de vehículos parados o estacionados en la calzada (§ 315c I núm. 2g en conexión con el apartado 3) y la vigilancia oficial deficiente (§ 41 III WStG). En ellos se exigía anteriormente el conocimiento de la situación típica (así en los §§ 121 II, 347 II, en su redacción anterior), pero de acuerdo con el Derecho vigente es también en este punto bastante con la imprudencia (así, en el § 315c III núm. 2 y en el § 41 III WStG). Los *delitos de omisión impropia* no regulados legalmente pueden ser cometidos por imprudencia siempre que el tipo comisivo correspondiente pueda realizarse imprudentemente (por ejemplo, §§ 222, 230[95], 309[96], 345 II).

---

[92] Así, *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 66 ss., 110 ss., 309 ss.; *el mismo*, v. Weber-Festschrift págs. 218 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 201.

[93] Vid. el ejemplo de *Grünwald*, H. Mayer-Festschrift pág. 293. Pero vid. también las objeciones opuestas por *Geilen*, JuS 1965, pág. 428, en contra de premiar al autor de la omisión completamente indiferente. En el mismo sentido del texto, sin embargo, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1045; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núms. 216 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 94; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 24 antes del § 13; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 694.

[94] Ello sucede con mayor frecuencia en Derecho penal especial (vid., verbigracia, § 401 II AktG; § 84 II GmbHG; § 21 II núm. 1 en conexión con el apartado 1 núm. 2 StVG) y es mucho más frecuente en Derecho administrativo sancionador (vid., por ejemplo, § 32 I núms. 1, 3, 7, 10-13 BtMG; § 46 I núm. 5 AtomG).

[95] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

[96] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306d (N del T).

2. La **estructura de la imprudencia** en los delitos omisivos es, en principio, la misma que en los de comisión (vid. *supra* § 54 I 3 y 4), aunque se derivan posibilidades especiales de imprudencia[97].

Ejemplos: La falta de cuidado puede referirse al reconocimiento de la situación típica (el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada no se da cuenta del acaecimiento de la situación de insolvencia, § 84 GmbHG) o al examen de la propia capacidad de acción (el conductor del vehículo estacionado no piensa en que porta consigo un triángulo de emergencia, § 315c núm. 2g, III). También entra en consideración la propia ejecución defectuosa de la acción de rescate (el confidente del plan delictivo no piensa en una comunicación telefónica de la información, § 138 III; el jefe de piscina lanza un salvavidas al niño que se ahoga en lugar de sacarlo él mismo del agua; el amigo que cuida por sí mismo de quien se ha envenenado con somníferos sin requerir la ayuda de un médico [AG Duisburg MDR 1971, pág. 1027]; el compañero de piso que no cae en la idea de conducir a la oficina de protección de menores a un niño que por abandono se encuentra en peligro de muerte [BGH NStZ 1985, pág. 122], § 222)[98]. Finalmente, en los delitos de omisión impropia la imprudencia puede estar referida al acaecimiento inminente del resultado típico (la madre que abandona descuidadamente a un niño pequeño durante veinticuatro horas no piensa que con ello podría ocasionar un daño a la salud, § 230[99]). Esto es de importancia sobre todo para los delitos cualificados por el resultado (vid. *supra* § 54 III 2).

Por último, la imprudencia puede referirse a la existencia de la posición de garante[100].

Ejemplo: Actúa imprudentemente la profesora que desde la sala de profesores contempla el juego peligroso de unos niños que trepan, y en el que posteriormente uno de ellos sufre un accidente mortal, cuando no verifica que se trata de niños de su propia escuela a los que debería haber prohibido el juego.

---

[97] Vid. *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 172 ss. (bajo al restricción de la imprudencia omisiva a la tentativa fracasada de cumplimiento del mandato); *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núm. 97; *Lackner*, § 15 núm. 54; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 695; *Welzel*, Lehrbuch págs. 207, 222 ss.; *Struensee*, JZ 1977, págs. 217 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 29/93 ss.; *Schöne*, JZ 1977, págs. 157 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 15 núm. 143.

[98] Quien *conscientemente* hace menos de lo que resulta necesario para el rescate actúa dolosamente; vid. el caso del schweiz. BGE 73 IV 164, citado por *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1049 (homicidio doloso cuando, en relación con un niño inconsciente a causa del maltrato, la madre sólo emplea medios caseros inadecuados para reanimarle por temor a que los hechos fueran descubiertos por el médico).

[99] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

[100] En contra, *Welzel*, Lehrbuch pág. 223.

VIII. La exigibilidad en los delitos de omisión

1. Al igual que en el delito comisivo (vid. *supra* § 33 V 1a), también en el omisivo el deber de acción puede concurrir con otro deber de omisión de modo que al autor no le quede otra alternativa que infringir uno u otro. En este caso el autor está cubierto por un *conflicto de deberes de naturaleza justificante* si cumple con la obligación de mayor rango. Aquí no se trata, pues, de un problema de exigibilidad.

Ejemplo: El clérigo, al que el autor se había confiado como guía espiritual, omite la denuncia de asesinatos inminentes de un delincuente sexual en atención al secreto de confesión (§ 139 III).

Igualmente, tampoco se trata de un problema de exigibilidad cuando concurren deberes de acción y de omisión *del mismo valor* (vid. en detalle *supra* § 33 V 1b, c).

2. Sin embargo, en determinados *delitos de omisión propia* la **inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma** hace ya decaer el deber de acción y, con ello, el propio tipo penal (vid. *supra* § 47 II 3c). Y así, para la omisión del deber de socorro (§ 323 c) rige la limitación de que nadie debe correr con un serio peligro para su persona o con pérdidas de considerable importancia al cumplir con su deber de auxilio[101]. Asimismo, de acuerdo con el § 138, está liberado del deber de denuncia quien es sospechoso de haber intervenido en el delito o en su planificación (BGH FamRZ, 1964 416 [418])[102]. La limitación del deber de acción por medio de la **inexigibilidad** está aquí, por tanto, **fijada por el tipo**[103]. Sin embargo, los principios desarrollados en torno a los §§ 138 y 323c no pueden ser trasladados a todos los delitos de omisión, ni siquiera a todos los de omisión propia[104].

---

[101] Hay que tener en cuenta, sin embargo, la interpretación rigurosa de la exigibilidad en los casos en los que el autor de la omisión ha causado el accidente (BGH GA 1956, 120 [121]; BGH 11, 353 [354 ss.]: el peligro de persecución penal no es reconocido como causa de inexigibilidad). De acuerdo, *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 33 antes del § 13; *Ulsenheimer*, GA 1972, págs. 22 ss.

[102] Crítico al respecto, *Geilen*, FamRZ 1964, págs. 386 ss.

[103] Asimismo, *Dreher/Tröndle*, § 13 núm. 16 *in fine*; *Frellesen*, Zumutbarkeit págs. 211 ss.; *Grünhut*, ZStW 51 (1931) pág. 467; *Henkel*, Mezger-Festschrift págs. 280 ss.; *Lackner*, § 13 núm. 5; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 119; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 155 antes del § 13. A favor de la causa de justificación *Jakobs*, Allg. Teil 29/98; *Fornasari*, Il principio di inesigibilitá pág. 314; *Küper*, Grund— und Grenzfragen págs. 97 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 690. A favor de la causa de exculpación *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 455; *Peters*, JZ 1966, pág. 458; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 31 antes del § 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1054 ss.; *Welzel*, Lehrbuch págs. 220 ss.; *el mismo*, JZ 1958, págs. 495 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 731.

[104] *LK (11.ª)(Jescheck)* § 13 núm. 98.

Ejemplos: Frente a la invitación del dueño de la casa a que se marche (§ 123 I, segunda alternativa), el delincuente que es perseguido no puede alegar el peligro de ser detenido. El conductor que no hace ver a los otros vehículos que su coche se encuentra estacionado en la calzada (§ 315c I núm. 2g) no puede objetar que para él habría sido peligroso andar hacia atrás por la autopista para su señalización.

3. En los *delitos de omisión impropia* la jurisprudencia ha **aplicado** en algunas sentencias la idea de la **inexigibilidad como principio general de la restricción del deber de garante** (RG 58, 97 [98]; 226 [227]; 69, 321 [324]; 77, 125 [127]; BGH 6, 46 [57 ss.]; 7, 268 [271]; BGH NJW 1964, 731 [732]; BGH NStZ 1984, pág. 164 [no obstante, en esta última fue afirmada la exigibilidad de la denuncia contra el marido]; BGH NStZ 1994, pág. 29; OLG Karlsruhe MDR 1975, pág. 771). Este planteamiento es, sin embargo, *incorrecto* pues al garante le corresponde el deber de evitar el resultado del mismo modo que al autor del hecho comisivo el de no producir el resultado mediante un hacer positivo. La equivalencia valorativa reside en la posición de garante del autor de la omisión y, para el caso de la concurrencia de elementos especiales de la acción, en la necesaria correspondencia entre ésta y la omisión de acuerdo con el § 13 I *in fine*. La disminución del contenido de culpabilidad que por regla general reside en el delito omisivo es ya tenido en cuenta por la atenuación facultativa de la pena (vid. *supra* § 58 V 1). De ahí que la inexigibilidad en el garante sólo pueda ser tenida en cuenta en el marco del estado de necesidad exculpante (§ 35)[105].

4. Acerca de la inexigibilidad de la acción de rescate por razones de conciencia vid. *supra* § 47 III.

§ 60 Conciencia del injusto y error sobre el mandato, tentativa y participación en los delitos de omisión

Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888; *Börker,* Der Irrtum des Unterlassungstäters über die Rechtspflicht zum Handeln, JR 1956, pág. 87; *Busch,* Über die Abgrenzung von Tatbestands-und Verbotsirrtum, Festschrift für E. Mezger, 1954, pág. 165; *Frank,* Vollendung und Versuch, VDA, Tomo V, pág. 165; *Fuhrmann,* Der Irrtum über die Garantenpflicht usw., GA 1962, pág. 161; *S. Glaser,* Der Versuch des Unterlassungsdelikts, MSchrKrim 1935, pág. 254; *Grünwald,* Der Versuch des unechten

[105] Asimismo, *Blei,* Allg. Teil pág. 336; *Jakobs,* Allg. Teil 29/98; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 46 núm. 136. Defendiendo por el contrario la aplicación general del principio de exigibilidad en el sentido de una ponderación (incontrolable) de intereses, *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 156 antes del § 13; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 31 antes del § 13.

Unterlassungsdelikts, JZ 1959, pág. 46; *Herdegen,* Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des BGH, en: 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, pág. 195; *Herzberg,* Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, pág. 89; *Lönnies,* Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt, NJW 1962, pág. 1950; *Maihofer,* Der Versuch der Unterlassung, GA 1958, pág. 289; *D. Meyer,* Anstiftung zum Unterlassen, MDR 1975, pág. 286; *J. Meyer,* Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 (1975) pág. 598; *Oehler,* Konkurrenz von unechtem und echtem Unterlassungsdelikt, JuS 1961, pág. 154; *Oppel,* Versuch beim Unterlassungsdelikt, Diss. Wien 1991; *Roxin,* Der Anfang des beendeten Versuchs, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 213; *el mismo,* Täterschaft und Tatherrschaft, 6.ª ed. 1994; *Rudolphi,* Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikts, MDR 1967, pág. 1; *Schmidhäuser,* Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 81; *Stree,* Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA 1963, pág. 1; *Vogler,* Zur Bedeutung des § 28 StGB usw., Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 265; *Zachariä,* Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Parte I, 1836; *Zaczyk,* Das Unrecht der Versuchten Tat, 1989.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes de §§ 58, 59

I. Conciencia del injusto y error sobre el mandato

1. En los delitos comisivos el *objeto de la conciencia del injusto* es la *prohibición* jurídica de una acción determinada: el autor debe saber que conforme a la Ley no puede emprender la acción correspondiente (vid. *supra* § 41 I 3a). Por el contrario, en los delitos omisivos la conciencia del injusto se refiere al *mandato* jurídico de llevar a cabo una acción concreta: **el autor debe saber que conforme a la Ley no puede omitir la acción correspondiente**. Aunque con ello el punto de referencia de la conciencia del injusto viene a ser distinto en ambas formas básicas de acción punible, sin embargo, su estructura es la misma. Todas las consideraciones hechas con ocasión de los delitos de comisión rigen también aquí (vid. *supra* § 41 I y II).

2. En los delitos omisivos existe un *error sobre el mandato* —correlativo al error de prohibición en el delito comisivo— cuando el autor se equivoca acerca de su deber de acción: **desconoce la norma preceptiva** de la que se deriva la antijuricidad material de comportamiento pasivo. Al igual que el de prohibición en los comisivos, el error sobre el mandato en los delitos omisivos no afecta al tipo sino a la *antijuricidad.* Al tipo del delito de omisión propia pertenece sólo la situación típica pero no el deber de acción que de ella se deriva (BGH 19, 295 [298]; 25, 13 [18]), y al tipo del delito de omisión impropia pertenecen sólo los elementos de la posición de garante pero no el deber de garante mismo (BGH 16, 155 [158]; BGH GA 1968, pág. 336) (vid. *supra* § 59 VI 1). De ello se deriva

que el error de prohibición y el que versa sobre el mandato tienen que recibir el mismo tratamiento[1]. Igualmente, lo afirmado acerca del error de prohibición, especialmente en lo relativo a la aplicación del § 17, es trasladable al error sobre el mandato (vid. *supra* § 41 II 2a).

3. Sólo para la **evitabilidad del error sobre el mandato** deben establecerse **reglas especiales**. Por un lado, el deber de actuar no se comprende en la misma medida que el deber de omitir. Por esta causa en los delitos de omisión la posibilidad de un error sobre el mandato es traída a colación con más frecuencia que en los delitos de comisión (vid. *supra* § 41 I 4). Por otro, la obligación jurídica de intervenir con la finalidad de evitar un daño es menos conocida para muchas personas que el deber de omitir un comportamiento lesivo. De forma diversa a como sucede en el delito comisivo en el que al conocimiento de la realización del tipo le sigue ya la apelación al examen de la antijuricidad, por regla general para el autor de la omisión debe existir, pues, un *motivo especial* para guiarse por la norma preceptiva que tiene ante sí (vid. BGH 19, 295 [299])[2]. Finalmente, en los delitos de omisión impropia no regulados legalmente la norma preceptiva no sólo se deriva de la prohibición penal de menoscabar un determinado bien jurídico, sino ante todo de una norma de deber no perteneciente al Derecho penal que impone la intervención mediante un hacer positivo para la protección del bien jurídico puesto en peligro. El error del autor de la omisión, por ende, puede referirse aquí tanto a la *norma de prohibición penal* como al *deber de garante*.

Ejemplos: El error acerca del deber jurídico de prestar auxilio en caso de accidente (§ 323c) por parte de un médico que disfrutaba de la pesca durante su tiempo libre, constituye un error vencible sobre el mandato pues dicho deber, precisamente cuando resulta necesaria la intervención médica, es algo que se comprende por sí mismo (BGH 2, 296). Por el contrario, no se puede reprochar a la esposa, que ante las escasas perspectivas de éxito ni siquiera intenta disuadir al marido —de acuerdo con el § 139 III 1— del plan de robar un banco (BGH 19, 295 [296, 299]), por su error acerca del deber de acción

---

[1] *Blei,* Allg. Teil págs. 335 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 154; *Börker,* JR 1956, págs. 87 ss.; *Busch,* Mezger-Festschrift pág. 179; *Dreher/Tröndle,* § 16 núm. 12; *Fuhrmann,* GA 1962, págs. 170 ss.; *Herdegen,* BGH-Festgabe págs. 198 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 29/89; *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte pág. 140; *Arthur Kaufmann,* JZ 1963, pág. 504; *Kühl,* Allg. Teil § 18 núm. 129; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 46 núm. 140; *Preisendanz,* § 13 comentario IV 2; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 25 antes del § 13; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 15 núm. 96; *Welzel,* Lehrbuch págs. 206, 219 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 741. Por el contrario, exigen ya para el dolo la conciencia del deber *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 694 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1039 (en el sentido de una valoración paralela en la esfera del profano).

[2] *LK (11.ª) (Jescheck)* nota preliminar núm. 100 antes del § 13; *Wessels,* Allg. Teil núm. 741.

en la medida en que éste pueda ser afirmado[3]. En cambio, el taxista (vid. *supra* § 59 VI 2a) no sólo conoce la prohibición de agredir sexualmente, sino la gravedad del delito ejecutado ante sus propios ojos por los clientes que portaba, razones éstas por las que debió tener claro su deber de intervención (BGH 16, 155 [156]).

II. La tentativa de omisión

La cuestión de si también puede darse en los delitos de omisión dolosos el **grado de la tentativa** se planteó tempranamente en la Ciencia del Derecho penal y, en todo caso respecto al delito de omisión impropia, ha sido afirmada mayoritariamente[4]. Hoy en día la doctrina mayoritaria admite que la tentativa entra en consideración tanto en los delitos de omisión propia como en los de omisión impropia y, en verdad, tanto si se trata de tentativa idónea como si es inidónea[5].

1. Dado que, prescindiendo del § 138, cualquier aplazamiento de la acción preceptiva (en relación con el § 323c vid. BGH 14, 213 [215 ss.]; 17, 166 [169 ss.]) representa ya la consumación del hecho, en los **delitos de omisión propia** una tentativa es sólo imaginable en la forma de tentativa inidónea. Las disposiciones penales en las que también está castigada la tentativa de un delito de

[3] El deber de acción es afirmado también ante la falta de perspectivas de éxito del hacer positivo por *Dreher/Tröndle*, § 139 núm. 5; en cambio, *Geilen*, JuS 1965, pág. 430, lo niega decididamente.

[4] Vid. *Zachariä*, Die Lehre vom Versuche págs. 66 ss.; *J. Baumgarten*, Die Lehre vom Versuche pág. 438; *Landsberg*, Die Commisslvdelikte durch Unterlassung pág. 172; *v. Liszt*, Lehrbuch 12.ª/13.ª ed. pág. 207; *Frank*, VDA Tomo V págs. 209 ss.; *el mismo*, § 43 comentario V 1; *S. Glaser*, MSchrKrim 1935, pág. 258; *Sauer*, GS 114 (1940) pág. 304.

[5] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 482; *Grünwald*, JZ 1959, págs. 46 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 29/113; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 46; *Kühl*, Allg. Teil § 18 núm. 142; *Maihofer*, GA 1958, págs. 289 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 40 núm. 101; *Oehler*, JuS 1961, pág. 154; *Schönke/Schröder/Eser*, nota preliminar núm. 27 antes del § 22; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 50 antes del § 13; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 60 antes del § 22; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1057; *Wessels*, Allg. Teil núms. 743 ss.; *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat pág. 319. Por el contrario, según *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 204 ss. y *Welzel*, Lehrbuch págs. 206, 221, existe sólo una omisión de la tentativa de cumplimiento como un fenómeno característico de los delitos de omisión que sería equiparable a la tentativa inidónea acabada. De acuerdo, *Haffke*, ZStW 87 (1975) pág. 58. A favor de la impunidad de la tentativa inidónea de omisión *Rudolphi*, MDR 1967, págs. 2 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 55 antes del § 13; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 716; *el mismo*, Gallas-Festschrift págs. 96 ss. (delito irreal); en contra de ello, con razón, BGH 38, 356 (359 ss.); *Kühl*, Allg. Teil § 18 núm. 151; *AK (Seelmann)* § 13 núm. 85. Siempre a favor de la impunidad de la tentativa en el delito de omisión *Herzberg*, MDR 1973, págs. 89 ss. (Derecho penal de la actitud interna). La jurisprudencia austríaca acoge con reservas la tentativa de omisión; vid. al respecto *Oppel*, Versuch pág. 35.

omisión propia son poco frecuentes. En primer lugar, hay que mencionar a la prevaricación (§ 336[6]). Ésta puede ser cometida por la omisión de la acción jurídicamente preceptiva (BGH 10, 294 [298]); la tentativa está castigada puesto que se trata de un delito grave[7]. En segundo lugar está la omisión de llevar libros de contabilidad o de la confección de balances o inventarios (§ 283 III en conexión con el apartado 1 núms. 5, 7b).

Ejemplo: Existe tentativa inidónea de prevaricación (§ 336[8]) si el juez omite conscientemente el encargo de un defensor obligatorio, a pesar de que cree erróneamente que la prisión preventiva ya ha durado más de tres meses (§ 140 I núm. 5 StPO).

2. Por el contrario, en los **delitos de omisión impropia** la tentativa tiene una considerable significación práctica (vid. el caso de la no evitación del suicidio del cónyuge, BGH NStZ 1984, pág. 73, así como el del padre que no presta su conformidad a una transfusión de sangre para su hijo que es médicamente imprescindible, OLG Hamm NJW 1968, pág. 212; profundizando en ello, además, BGH 38, 356 [358 ss.]). La punibilidad se establece expresamente para algunos supuestos regulados por la Ley: permitir la comisión de una lesión corporal grave por parte de un funcionario que está de servicio (§ 340 II), permitir la perpetración de un hecho antijurídico por parte de un subordinado si, además, se trata de un delito grave (§ 357), así como en la vigilancia deficiente estando de servicio (§ 41 I, II WStG). Más importante todavía es la posibilidad de tentativa por omisión en *todos* los delitos de resultado si concurren los requisitos de los §§ 22, 23. Dudosa es la cuestión de cuándo comienza en cada caso el estadio de la tentativa. La fórmula de la "inmediata puesta en marcha de la realización del tipo" (§ 22) no conduce aquí a nada porque en el hecho omisivo no está presente un momento equiparable a la puesta en marcha de la comisión activa. Por ello, debe recurrirse al instante en el que el objeto protegido de la acción pasa a estar en peligro inmediato (vid. *supra* § 49 IV 5)[9]. A ello acude también la BGH 40,

[6] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 339 (N del T).

[7] De acuerdo, *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 41 núm. 57; *Schönke/Schröder/Eser,* § 22 núm. 53.

[8] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 339 (N del T).

[9] Así, *Blei,* Allg. Teil pág. 317; *J. Meyer,* ZStW 87 (1975) págs. 605 ss.; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 482; *Jakobs,* Allg. Teil 29/113; *LK (10.ª) (Vogler)* § 22 núm. 109; *Rudolphi,* MDR 1967, pág. 1; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 51antes del § 13; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1059; *Eser,* Strafrecht II núm. 31 A núm. 53; *Schönke/Schröder/Eser,* § 22 núm. 50; *Kühl,* Allg. Teil § 18 núm. 149; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 47; *Roxin,* Einführung pág. 16; *Wessels,* Allg. Teil núms. 744 ss. Apoyándose directamente sobre la fórumula del § 22 *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 40 núm. 106; *LK (10.ª) (Vogler)* § 22 núm. 115.

257 (271), pero ve en él una "aplicación conforme al sentido" del criterio de la inmediata puesta en marcha previsto en el § 22. La cuestión es discutida. En la doctrina también se defiende la concepción de que la tentativa comienza ya en el *primer* instante en el que la acción habría sido posible[10], pero de acuerdo con otra opinión su inicio tiene lugar con el *último* instante[11]. Finalmente, también se acepta que tal momento opera cuando el autor se desprende del curso causal[12]. La tentativa queda *inacabada* cuando el autor cree todavía poder llevar a efecto la acción preceptiva; y *acabada* cuando, de acuerdo con su representación, la realización tardía de aquélla ya no podría evitar el resultado.

Ejemplos: En la pelea que se desarrolla en una panadería un ayudante de panadero propina un golpe tan violento en la espalda de un compañero de trabajo, que hace que éste caiga con la parte superior de su cuerpo en la cuba de la masa quedando aprisionado con la palanca de la máquina de amasar (OGH 1, 357 [359 ss.]). Si el autor resuelve dejar morir al otro existe una tentativa inidónea de homicidio si todavía cree que sigue vivo cuando se comprobara que, en realidad, estaba ya muerto en el momento en el que el otro hubiera podido apagar la máquina lo más pronto posible. Por el contrario, hay que aceptar una tentativa idónea acabada si, en el último momento, el accidentado es rescatado por el maestro panadero apagando la máquina de amasar. Hay tentativa de maltrato de personas sujetas a la custodia o cuidado del autor (§ 223b I, tercera forma comisiva[13]) cuando el obligado a tales prestaciones comienza a descuidar el auxilio necesario con dolo de dañar la salud y, de este modo, la víctima comienza a sufrir. El conductor que ha atropellado a un peatón y que lo abandona en el lugar del accidente para deshacerse así de un testigo peligroso, comete un homicidio doloso intentado si cree que la víctima del atropello sigue viva y que todavía puede ser rescatada por medio de un auxilio inmediato cuando, realmente, el ofendido falleció inmediatamente (BGH VRS 13, 120 [123]); lo mismo sucede si no muere enseguida pero tampoco habría podido ser rescatada mediante auxilio médico (BGH 7, 287 [288]) o cuando el herido es salvado por la ayuda de un tercero (BGH JR 1993, pág. 29)[14]. La tentativa es acabada si el conductor cree que su ayuda ya no puede salvar a la víctima. Concurre tentativa de asesinato por omisión si el autor, después de haber golpeado conscientemente a la víctima junto con otro coautor, la abandona sobre la vía del tren de cercanías —donde

---

[10] Así, *Herzberg,* MDR 1973, pág. 89; *Maihofer,* GA 1958, pág. 297; *Lönnies,* NJW 1962, pág. 1950.

[11] Así, *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdellkte págs. 210 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 221.

[12] Así, especialmente, *Roxin,* Maurach-Festschrift págs. 213 ss. Decisivo es si con ello es originado o incrementado un peligro inmediato para la víctima.

[13] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 225 I StGB (N del T).

[14] Incorrectamente en contra de esta jurisprudencia, *Welzel,* JZ 1958, pág. 495; mostrando también sus dudas, *Grünwald,* JZ 1959, pág. 46.

había sido lanzada por su compinche— para que fuera atropellada por el próximo tren que pasara (BGH 38, 356).

3. En la tentativa del delito omisivo también es posible un **desistimiento** liberador de pena conforme al § 24 (vid. *supra* § 51)[15]. El autor de la omisión que emprende la acción preceptiva consiguiendo, por ejemplo, avisar telefónicamente al banco que se va a atracar, después de haber omitido con anterioridad denunciar los hechos a la policía (§ 138 I); asimismo, cuando el conductor que tras el accidente se aleja del mismo pero reflexiona después y regresa al lugar del siniestro para llevar al herido al hospital donde se salva. A diferencia de lo que sucede con los delitos comisivos el desistimiento de la tentativa de una omisión presupone siempre una *conducta activa*. Por ello surge la pregunta de si el que desiste, al igual que sucede en la tentativa acabada del delito comisivo, se hace responsable allí donde fracase la acción de rescate. Ello está justificado sólo cuando el que desiste espera tanto para intervenir, que la evitación del resultado únicamente puede alcanzarse con medios más arriesgados que las acciones que las acciones a las que originariamente estaba obligado[16]. *Antes* de ese momento el fracaso del impedimento del resultado sólo se tiene en cuenta como un hecho imprudente.

III. Omisión y participación

Respecto a la problemática de la participación en la omisión hay que distinguir dos grupos de casos: la **participación** en un delito omisivo **por medio de un hacer positivo** y la **participación por omisión** en un delito de comisión o de omisión.

1. La inducción y la complicidad activas son también posibles en un delito de omisión[17]. La *inducción* consiste aquí en la provocación dolosa de la resolución

[15] Vid. más detalladamente al respecto, *Grünwald*, Das unechte Unterlassungsdelikt págs. 91 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 18 núm. 152; *Maihofer*, GA 1958, pág. 298; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núms. 27 ss.; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 56 antes del § 13.

[16] Acertadamente sobre ello, *Lönnies*, NJW 1962, pág. 1952; *Schönke/Schröder/Eser*, § 24 núms. 29 ss., ambos con ejemplos; asimismo, *Kühl*, Allg. Teil § 18 núm. 153. En un sentido diverso al de aquí, *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 56 antes del § 13.

[17] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 573; *Dreher/Tröndle*, § 13 núm. 19; *Jakobs*, Allg. Teil 29/108; *LK (11.ª)(Roxin)* § 26 núm. 101; § 37 núm. 53; *Kielwein*, GA 1955, pág. 232; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núm. 69; *D. Meyer*, MDR 1975, pág. 287; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 510 ss.; *Stree*, GA 1963, págs. 10, 14; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 99 antes del § 25; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 44 antes del § 13; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1075. La opinión contraria defendida por *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte págs. 190 ss., y *Welzel*, Lehrbuch págs. 206,

del autor a permanecer inactivo, no obstante el conocimiento de la situación típica (en los delitos de omisión impropia tal conocimiento también debe ir referido a la posición de garante) (§ 26). Una *complicidad* (por regla general de naturaleza psíquica) es igualmente posible, por ejemplo, por medio del reforzamiento de la resolución del autor a no intervenir (§ 27). Dado que se trata de inducción y complicidad activas aquí no surge la problemática del deber de garante. El § 28 I (vid. *infra* § 61 VII 4a) no es aplicable a estos casos porque los elementos de la posición de garante no son componentes personales "especiales", sino que tan sólo fundamentan la equivalencia de la comisión y la omisión[18].

Ejemplos: Inducción al favorecimiento de acreedores (§ 283c) por medio de la no interposición de la solicitud de quiebra que el autor de la omisión tenía que haber planteado de acuerdo con los §§ 64, 84 GmbHG (RG 48, 18 [21]; lo mismo sucede en relación con la complicidad, BGH 14, 280 [282]). Complicidad a través de la promoción del no cumplimiento de los deberes de denuncia y entrega (RG 51, 39 [41]; 77, 268 [269]) o mediante el reforzamiento de la resolución de un soldado que se encuentra de vacaciones a que no retorne a tiempo a la compañía (§ 15 WStG) (RG 27, 157).

Concurre la *coautoría* entre varios omitentes cuando éstos no cumplen un deber que les obliga conjuntamente (RG 66, 71 [74]; BGH 37, 106 [129]) (vid. *infra* § 63 IV 2). También es aceptada la posibilidad de la coautoría entre unos autores que intervienen activamente y otros que lo hacen mediante omisión[19], pero se corresponde mejor con la teoría del dominio del hecho considerar en este caso al omitente como un cómplice (vid. *infra* § 64 III 5).

Ejemplos: El hurto ejecutado en un almacén mediante el acuerdo consistente en que el vigilante deja abierta la puerta mientras y otros entran a sustraer el botín. El hijo del granjero que, de acuerdo con su madre, incendia la granja mientras que ésta permanece con una actitud pasiva (OGH 3, 1).

Finalmente, existe también *autoría mediata* cuando se determina al instrumento a omitir una acción preceptiva; así sucede cuando alguien impide el cum-

---

221, que pretende admitir para estos casos la autoría mediante un hacer positivo en lugar de la inducción y la complicidad, fracasa, tal y como demuestran los ejemplos del texto principal, tan pronto en cuanto al partícipe le falte la cualidad requerida para ser autor; por lo demás, tampoco resulta ser fundamentada. Rechazándola también, *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 100 antes del § 25; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 513 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 29/108; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núms. 69 ss.

[18] Vid. *infra* § 61 VII 4a nota a pie núm. 57.

[19] Así, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 49 núm. 88; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 470 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 79; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 215; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1067 ss.

plimiento del mandato por medio de la fuerza o el engaño, a quien se encuentra obligado a ello y quiere actuar en consecuencia (vid. *supra* § 58 II 2). En este caso el hombre de atrás asume por sí mismo el dominio del hecho a través de un hacer positivo, mientras que el instrumento permanece inactivo bajo su influencia. Por el contrario, hay que negar la posibilidad de apreciar una autoría mediata omisiva del hombre de atrás[20]. El cuidador de un enfermo mental que deja que éste cometa una acción antijurídica es autor inmediato de la omisión (responsabilidad del garante por la actuación de terceras personas) (vid. *infra* § 62 IV 2).

2. Acerca de los problemas de la *participación por omisión* vid. *infra* § 64 II 6 y III 5.

Capítulo 4: Autoría y participación

§ 61 Fundamentos de la teoría de la autoría y la participación

Arzt, "Gekreuzte" Mordmerkmale? JZ 1973, pág. 681; *Baumann*, Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH, NJW 1962, pág. 374; *el mismo*, Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung, NJW 1963, pág. 561; *el mismo*, Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, págs. 51, 85, 125; *el mismo*, Die strafrechtliche Problematik der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, en: *Henkys* (ed.), Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, 1964, pág. 267; *el mismo*, Dogmatik und Gesetzgeber, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 105; *Beling*, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, GS 101 (1932) pág. 1; *Benakis*, Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht, 1961; *Bindokat*, Anmerkung zu OLG Köln vom 19.10.1961, NJW 1962, pág. 686; *v. Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme usw., 1890; *el mismo*, Teilnahme am Verbrechen, VDA, Tomo II, 1908, pág. 1; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *el mismo*, Neuere Entwicklungen der Einheitstäterlehre in Deutschland und in Österreich, Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 3; *Bockelmann*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, Deutsche Beiträge zum VII. Int. Strafrechtskongreß, ZStW Beiheft Athen, 1957, pág. 46; *el mismo*, Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 261; *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; *H. Bruns*, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932; *Burgstaller*, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, ÖRiZ 1975, pág. 13; *v. Buri*, Die Causalität und Ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885; *Cortes Rosa*, Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90 (1978) pág. 413; *Cramer*, Die Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nach § 9 OWiG, NJW 1969, pág. 1929; *el mismo*, Grundbegri-

[20] Vid. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft pág. 472; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 216; *Stree*, GA 1963, pág. 12; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 56; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1066.

ffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten, 1971; *el mismo,* Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 389; *Dahm,* Täterschaft und Teilnahme im Amtl. Entwurf eines StGB, Diss. Heidelberg 1926; *el mismo,* Anmerkung zu OLG Stuttgart vom 6.3.1959, MDR 1959, pág. 508; *Detzer,* Die Problematik der Einheitstäterlösung, Diss. Erlangen-Nürnberg 1972; *Dietz,* Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht, 1957; *Graf zu Dohna,* Das RG zur Teilnahmelehre, DStr 1940, 120; *v. Dohnanyi,* Täterschaft und Teilnahme, en; Gürtner (ed.), Das kommende deutsche Strafrecht, Allg. Teil, 1934, pág. 73; *Dreher,* Anmerkung zu BGH 23, 39, JR 1970, pág. 146; *el mismo,* Plädoyer für den Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, NJW 1970, pág. 217; *Engelmann,* Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters, Festschrift für K. Binding, Tomo II, 1911, pág. 287; *Engisch,* Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände, 1931; *el mismo,* Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft usw., ZStW 66 (1954) pág. 339; *Frisch,* Täterschaft und Teilnahme, en: Ergänzbares Lexikon des Rechts, Ordner 3, Gruppe 8, Artikel 1620, 1992; *Gallas,* Anmerkung zu OGH 1, 365, DRZ 1950, pág. 67; *el mismo,* Täterschaft und Teilnahme, Materialien, Tomo I, 1954, pág. 121; *el mismo,* Täterschaft und Teilnahme, Niederschriften, Tomo II, pág. 67; *el mismo,* Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, Deutsche Beiträge zum VII. Int. Strafrechtskongreß, ZStW Beiheft Athen, 1957, pág. 3; *Geerds,* Besprechung von Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, GA 1965, pág. 216; *el mismo,* Täterschaft und Teilnahme, Jura 1990, pág. 173; *Geppert,* Zur Problematik des § 50 II usw., ZStW 82 (1970) pág. 40; *Gerl,* Die besonderen persönlichen Merkmale usw., Diss. Berlin 1975; *Germann,* Die Bestimmungen über die Teilnahme im Entwurf eines schweiz. StGB, Strafr. Abh. Heft 207, 1923; *Gimbernat Ordeig,* Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre, ZStW 80 (1968) pág. 915; *Goetzeler,* Der Ideengehalt des extensiven (intellektuellen) Täterbegriffs und seine Auswirkungen, SJZ 1949, pág. 837; *Grebing,* Strafrechtslehrertagung 1975, ZStW 88 (1976) pág. 162; *Gropp,* Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung, NStZ 1985, pág. 97; *Grünhut,* Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme, JW 1932, pág. 366; *Grünwald,* Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (§ 28 StGB), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 555; *Gulphe,* La distinction entre coauteurs et complices, Rev sc crim 1948, pág. 665; *Hanack,* Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, 1967; *Hardwig,* Über den Begriff der Täterschaft, JZ 1965, pág. 667; *Hartung,* Der "Badewannenfall", JZ 1954, pág. 430; *Hegler,* Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, RG-Festgabe, 1929, Tomo V, pág. 304; *Heidland,* Die besonderen persönlichen Merkmale USW., Diss. Heidelberg 1971; *Heimberger,* Die Teilnahme am Verbrechen in der Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach, 1896; *Heinitz,* Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung, beim Selbstmord, JR 1954, pág. 403; *el mismo,* Gedanken über Täter-und Teilnehmerschuld im deutschen und italienischen Strafrecht, Berliner Festschrift zum 41. DJT, 1955, pág. 93; *Herlitz,* Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object, 1992; *Herzberg,* Täterschaft und

Teilnahme, 1977; *el mismo,* Die Problematik der "besonderen persönlichen Merkmale", ZStW 88 (1976) pág. 68; *el mismo,* Der agent provocateur und die "besonderen persönlichen Merkmale", JuS 1983, pág. 737; *el mismo,* Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW 99 (1987) pág. 49; *el mismo,* Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, pág. 145; *Höpfel,* Einige Fragen der subjektiven Tatseite bei Beteiligung mehrerer, ÖJZ 1982, pág. 314; *Hünerfeld,* Mittelbare Täterschaft und Anstiftung usw., ZStW 99 (1987) pág. 228; *Jäger,* Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß, MSchrKrim 1962, pág. 73; *Jährig,* Die persönlichen Umstände usw., Diss. Köln 1974; *Jakobs,* Niedrige Beweggründe beim Mord usw., NJW 1969, pág. 489; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 23, 39, NJW 1970, pág. 1089; *Jescheck,* Anstiftung, Gehilfenschaft und Mittäterschaft im deutschen Strafrecht, SchwZStr 71 (1956) pág. 225; *el mismo,* Strafrechtsreform in Deutschland, SchwZStr 90 (1975) pág. 1; *el mismo,* Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen, ZStW 99 (1987) pág. 111; *Kadish,* Compliclty, Cause and Blame usw., California Law Review 73 (1985) pág. 323; *Kantorowicz,* Tat und Schuld, 1933; *Kienapfel,* Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971; *el mismo,* Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, en: *Müller-Dietz* (ed.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, pág. 21; *el mismo,* Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, pág. 1; *el mismo,* Die Einheitstäterregelung der §§ 12 ss. y 32 ss. StGB, JBl 1974, pág. 113; *el mismo,* Zur Täterschaftsregelung im StGB, ÖRiZ 1975, pág. 165; *Klee,* Zur Abgrenzung von Teilnahme und Täterschaft, ZAK 1940, pág. 188; *Kohlrausch,* Das kommende deutsche Strafrecht, ZStW 55 (1936) pág. 384; *el mismo,* Täterschuld und Teilnehmerschuld, Festschrift für E. Bumke, 1939, pág. 39; *Korn,* Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen, NJW 1965, pág. 1206; *Küper,* "Besondere persönliche Merkmale" und "Spezielle Schuldmerkmale", ZStW 104 (1992) pág. 559; *el mismo,* Ein "neues Bild" der Lehre von Täterschaft und Teilnahme, ZStW 105 (1993) pág. 445; *Küpper,* Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA 1986, pág. 437; *el mismo,* Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik, 1990; *Lampe,* Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen, ZStW 77 (1965) pág. 262; *Lange,* Der moderne Täterbegriff und der Strafgesetzentwurf, 1935; *el mismo,* Beteiligter und Teilnehmer, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 235; *Langer,* Das Sonderverbrechen, 1972; *el mismo,* Zum Begriff der "besonderen persönlichen Merkmale", Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 241; *el mismo,* Zur Strafbarkeit des Teilnehmers gemäß § 28 Abs. 1 StGB, Festschrift für Ernst Wolf, 1985, pág. 335; *Lesch,* Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, GA 1994, pág. 112; *Letzgus,* Vorstufen der Beteiligung, 1972; *Léauté,* Coactivité, complicité et provocation en droit français, SchwZStr 72 (1957) pág. 1; *Liepmann,* Einleitung in das Strafrecht, 1910; *Lüderssen,* Zum Strafgrund der Teilnahme, 1979; *Maiwald,* Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 343; *H. Mayer,* Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft, Festschrift für Th. Rittler, 1957, pág. 243; *M.-K Meyer,* Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA 1979, pág. 252; *Mezger,* Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen, JZ 1954, pág. 312; *Niese,* Die finale Handlungs-

lehre und ihre praktische Bedeutung, DRiZ 1952, pág. 21; *Nowakowski,* Tatherrschaft und Täterwille, JZ 1956, pág. 545; *Oehler,* Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, Berliner Festschrift zum 41. DJT, 1955, pág. 255; *Otto,* Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, Jura 1987, pág. 246; *el mismo,* Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 271; *Peters,* Probleme der deutschen Strafrechtsreform, SchwZStr 77 (1961) pág. 161; *Plotet,* Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre, ZStW 69 (1957) pág. 14; *Platzgummer,* Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Strafgesetzentwurfs usw., JBl 1971, pág. 236; *Roeder,* Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt, ZStW 69 (1957) pág. 223; *Roxin,* Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, pág. 193; *el mismo,* Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht, JZ 1966, pág. 293; *el mismo,* Täterschaft und Tatherrschaft, 6.ª ed. 1994; *el mismo,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.ª ed. 1973; *el mismo,* Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter", Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 173; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 40, 218, JZ 1995, pág. 49; *Rudolphi,* Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 369; *Sammarco,* Il concetto di autore e partecipe usw., Riv dir proc pen 1979, pág. 1009; *Sax,* Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allg. Teils eines StGB usw., ZStW 69 (1957) pág. 412; *el mismo,* Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre, JZ 1963, pág. 329; *el mismo,* Die Problematik des "Teilnehmerdelikts", ZStW 90 (1978) pág. 927; *Schäfer,* Täterschaft und Teilnahme, Niederschriften, Tomo II, pág. 75; *Schlutter,* Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme, Strafr. Abh. Heft 420, pág. 1941; *Eb. Schmidt,* Die mittelbare Täterschaft, Festgabe für R. v. Frank, Tomo II, 1930, pág. 106; *R. Schmltt,* Ordnungswidrigkeitenrecht, 1970; *Schmoller,* Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an der Straftat usw., ÖJZ 1983, pág. 337; *Schöneborn,* Kombiniertes Teilnahme-und Einheitstätersystem, ZStW 87 (1975) pág. 902; *Schröder,* Der Täterbegriff als "technisches" Problem, ZStW 57 (1938) pág. 459; *Schroeder,* Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung, ROW 1964, pág. 97; *el mismo,* Der Täter hinter dem Täter, 1965; *Schultz,* Täterschaft und Teilnahme im modernen schweizerischen Strafrecht, SchwZStr 71 (1956) pág. 244; *Schumann,* Zum Einheitstätersystem des § 14 OWiG, 1979; *el mismo,* Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986; *Schünemann,* Die Bedeutung der "besonderen persönlichen Merkmale" usw., Jura 1980, págs. 354, 568; *Schwalm,* Täterschaft und Teilnahme, Niederschriften, Tomo II, pág. 88; *Schwerdtfeger,* Besondere persönliche Unrechtsmerkmale, 1992; *Seebald,* Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964, pág. 161; *Seller,* Neue Wege in der Strafrechtsreform, JBl 1969, pág. 113; *Seminara,* Tecniche normativa e concorso di persone nei reato, 1987; *Spendel,* Zur Kritik der subjektiven Versuchs-und Teilnahmetheorie, JuS 1969, pág. 314; *el mismo,* Fahrlässige Teilnahme an Selbst-und Fremdtötung, JuS 1974, pág. 749; *el mismo,* Der "Täter hinter dem Täter" usw., Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 147;

Spotowski, Erscheinungsformen der Straftat im deutschen und polnischen Recht, 1979; *Stein,* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *Straub,* Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht, 1952; *Stree,* Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, JuS 1985, pág. 179; *Triffterer,* Die österreichische Beteiligungslehre, 1983; *Trunk,* Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale, 1987; *Vogler,* Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 265; *Wagner,* Amtsverbrechen, 1975; *Welp,* Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht, VOR 1972, 299; *Welzel,* Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939) pág. 491; *el mismo,* Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ 1947, pág. 645; *el mismo,* Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen? JZ 1954, pág. 429; *Wessels,* Zur Problematik der Regelbeispiele usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 295; *Zimmerl,* Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW 49 (1929) pág. 39.

I. La posición sistemática de la teoría de la autoría y la participación

1. Por regla general las disposiciones penales de la Parte especial describen acciones realizadas por una única persona (algo distinto sucede con los "delitos colectivos", § 121 StGB, §§ 27, 28 WStG). Autor es el anónimo "quien" con el que comienzan la mayoría de las descripciones de los delitos. El legislador parte aquí del presupuesto de que es autor quien realiza en su propia persona la totalidad de los elementos del tipo. Según ello, el Código penal describe al **autor único** con la siguiente disposición: "Será castigado como autor quien comete el hecho por sí mismo" (§ 25 I). Sin embargo, la mayoría de las veces **la persona no actúa sola**, sino que lo hace en **colaboración con otras**. Esto sucede también en la comisión de delitos. El Ordenamiento jurídico se sitúa con ello ante el problema de la intervención de varios en una acción punible.

2. La teoría de la participación es una **parte de la teoría del tipo**[1]. Autor es, en primer lugar, quien en su propia persona realiza todos los elementos del tipo de la acción punible (§ 25 I, primer supuesto). El concepto de autoría, sin embargo, no está limitado a la autoría única inmediata sino que también se extiende al caso en el que el autor se sirve de otro como "instrumento". Por lo tanto, como autor también es castigado "quien comete el delito por medio de otro" (§ 25 I, segundo supuesto) **(autoría mediata)**. Además, existe la posibilidad de que varias personas concertadas entre sí intervengan en el hecho a título de autor **(coautoría)**. De

[1] Así, la doctrina mayoritaria; vid. Así, la doctrina mayoritaria; vid. *Blei,* Allg. Teil pág. 251; *Cramer,* Bockelmann-Festschrift págs. 389 ss.; *Herzberg,* Täterschaft pág. 3; *Gallas,* Materialien Tomo I pág. 132; *Kühl,* Allg. Teil § 20 núm. 5; *Schönke/Schröder/Cramer,* nota preliminar núm. 1 antes del § 25; *Welzel,* Lehrbuch pág. 98; *Wessels,* Allg. Teil núm. 511.

acuerdo con ello, el § 25 II determina lo siguiente: "Si varios cometen el delito conjuntamente, cada uno de ellos será castigado como autor". También hay que tener en cuenta que varias personas pueden intervenir en el mismo hecho como autores de modo recíprocamente independiente **(autoría accesoria)**. Mientras que el autor realiza la acción típica por sí mismo, conjuntamente con otras personas o por medio de otro, el inductor y el cómplice quedan extramuros del tipo. Están comprendidos por disposiciones penales especiales: **Inductor** es "quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso (§ 26) y **cómplice** "quien dolosamente ha prestado ayuda a otro para la comisión de un hecho antijurídico doloso" (§ 27). De esta forma, los requisitos de la punibilidad de la inducción y la complicidad sólo se derivan en parte del tipo delictivo correspondiente; los restantes lo hacen de las disposiciones complementadoras de la Parte general que toman por referencia los tipos de la Parte especial[2].

3. La división de las formas de manifestarse la intervención en una acción punible no es una materia que pertenezca a la libertad del legislador o a la discrecionalidad judicial. Está determinada más bien por sólidas estructuras de relaciones sociales de las que no puede alejarse la valoración jurídica si es que la aplicación del Derecho no quiere perder su fuerza de convicción[3]. Y así, el Derecho penal no puede castigar como simple cómplice a aquel que realiza el tipo de propia mano, ni tampoco como autor a quien sólo desarrolla el plan para la comisión del hecho.

---

[2] En la doctrina la relación entre las disposiciones sobre la participación de la Parte general y los tipos de la Parte especial se concibe de distintas formas. *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 498; *Lüderssen*, Strafgrund pág. 119; *M.-K. Meyer*, GA 1979, pág. 257; *Herzberg*, GA 1971, pág. 2 y *Sax*, ZStW 90 (1978) págs. 956 ss., hablan de "delitos de partícipe" de carácter autónomo; por el contrario, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 858, subraya con acierto la dependencia de la aportación al hecho principal. Asimismo, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 47 núm. 28; *Bloy*, Zurechnungstypus pág. 315. Vid. también *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núm. 22 antes del § 26, quien deriva el injusto de la participación tanto del injusto del hecho principal como del propio injusto del partícipe. En contra, *Schumann*, Selbstverantwortung págs. 49 ss., sobrevalora la idea de "solidarización con el injusto ajeno" como fundamento del castigo de la participación; en contra de esto, con razón, *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núm. 21 antes del § 26.

[3] Así, *Bockelmann*, Untersuchungen pág. 111; *Gallas*, Niederschriften Tomo II pág. 67; *Lampe*, ZStW 77 (1965) págs. 263, 308; *Stratenwerth*, Die Natur der Sache págs. 15 ss.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 25 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 20 núm. 9; *Küpper*, Grenzen págs. 145 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 500; *Welzel*, Lehrbuch págs. 94 ss. En contra, sin embargo, *Engisch*, Eb. Schmidt-Festschrift págs. 109 ss.; *Geerds*, Jura 1990, pág. 179; *Maiwald*, Bockelmann-Festschrift pág. 360; *Schröder*, ZStW 57 (1938) pág. 460; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 3 antes del § 25. También *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre págs. 238 ss., comprende la regulación de la autoría y la participación como un sistema de normas de comportamiento que deben ser clasificadas por su mayor o menor "premura". En contra, *Küper*, ZStW 105 (1993) págs. 470 ss., así como *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núms. 12 ss., 160 ss.

Ejemplos: Quien mata a una persona de propia mano es autor del asesinato y no cómplice del mismo aunque haya actuado por orden de un servicio secreto extranjero (con otro criterio, BGH 18, 87 [95]), o aunque frente a otros autores pudiera aparecer sólo como un cobarde (de otra opinión, BGH *Dallinger* MDR 1974, pág. 547). Correcta es, por el contrario, la BGH 8, 393: la muerte de propia mano del marido es autoría a pesar de que el hecho fue realizado bajo el influjo dominante de su esposa; y también lo es la BGH 35, 347 (349): la tentativa de homicidio cometida de propia mano es autoría aún cuando el hecho fue cometido bajo ideas delirantes y el influjo sugestivo del hombre de atrás; correcto es asimismo el criterio seguido por la BGH 38, 315: el transporte de propia mano de sustancias estupefacientes a través de la frontera es autoría, incluso aunque el autor actúe por influencia, en presencia y en interés del coautor. Es imposible la inducción a un hecho no doloso puesto que falta precisamente la resolución del autor que debe provocar el inductor (con otro criterio, BGH 4, 355 [356]). Concurre la coautoría cuando en el atraco a un banco dos personas cooperan dividiéndose el trabajo (una coge el dinero y la otra lo asegura), sin que el grado de interés en el botín desempeñe papel alguno (de otra opinión, BGH *Dallinger* MDR 1973, pág. 729). El mero conocimiento del hecho y su aprobación sin una aportación objetiva que lo promueva no constituye complicidad, incluso aunque aquel que meramente lo presencia aspire a una parte del botín (BGH NStZ 1993, pág. 385).

II. El concepto unitario de autor y la distinción de las distintas formas de colaboración

Para el tratamiento de los problemas de la participación hay, básicamente, **dos posibilidades distintas de solución**. O bien todas las clases de colaboración pueden ser llevadas bajo el denominador común de un concepto de autor que las comprenda [autor (*Urheber*), autor unitario), o bien puede diferenciarse entre las diferentes formas de colaboración de acuerdo con la importancia material de la aportación al hecho.

1. El **concepto unitario de autor**[4] trata como autor a todo interviniente que ha realizado una prestación causal para la realización del tipo, sin atender a cuál

[4] Rechazado en Alemania por la doctrina mayoritaria; vid. *Blei,* Allg. Teil págs. 248 ss.; *Bloy,* R. Schmltt-Festschrift pág. 55; *Bockelmann,* ZStW Beiheft Athen 1957 págs. 46 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 174; *Cramer,* NJW 1969, págs. 1929 ss.; *Dreher,* NJW 1970, pág. 218; *Gallas,* Materialien Tomo I págs. 140 ss.; *el mismo,* Beiheft Athen 1957 págs. 39 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* nota preliminar núms. 3 ss. antes del § 25; *Maiwald,* Bockelmann-Festschrift págs. 351 ss.; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft pág. 451; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 501 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 505; *SK (Samson)* § 25 núm. 2; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 735; *Schöneborn,* ZStW 87 (1975) pág. 90. La regulación del concepto unitario de autor es recomendada por *Schwalm,* Engisch-Festschrift

es el significado que se atribuye a su colaboración en el marco del suceso global. Esta cuestión sólo adquiere significado para la determinación de la pena y es aquí donde, con independencia de todas las distinciones dogmáticas de la teoría de la participación, debe ser resuelta de acuerdo con la culpabilidad individual del codelincuente. Esta concepción, recomendada especialmente por la escuela moderna[5], pero también desde el "Derecho penal de la voluntad"[6] no permite que se origine ninguna laguna de punibilidad (vid. el caso resuelto por la OLG Stuttgart JZ 1959, pág. 579) y hace posible que las sanciones se adapten sólo de acuerdo con la personalidad del autor. En este punto la solución unitaria facilita la aplicación del Derecho pues no hay que delimitar las diferentes formas de participación.

No obstante, *en contra del concepto unitario de autor*, que a primera vista puede parecer sencillo y práctico, se alzan importantes *objeciones*. Por un lado, a través de la reformulación de la totalidad de las aportaciones al hecho en la causación de la lesión al bien jurídico, se pierde el específico injusto de acción del tipo correspondiente. Por otro, en los delitos especiales y en los de propia mano también los intervinientes extraños deberían ser considerados como autores por la mera causalidad de su colaboración, a pesar de que, respectivamente, ni han actuado de propia mano ni están cualificados como autores. El concepto unitario de autor conduce, además, a una extensión indeseable de la punibilidad porque la tentativa de intervención se hace punible en todos los casos en los que en el tipo está previsto el castigo de tal forma imperfecta de ejecución, mientras que la participación intentada sólo aparece conminada con pena dentro de unos límites estrechos (§§ 30, 120 III, 159). Lo mismo sucede en relación con la complicidad. Finalmente, el concepto unitario de autor conduce a una pérdida de precisión en los criterios para determinación de la pena porque excluye la posibilidad de un marco punitivo atenuado para la inducción y la complicidad.

---

págs. 551 ss.; *Roeder,* ZStW 69 (1957) págs. 238 ss.; *Geerds,* GA 1965, pág. 218; *Rittler,* Tomo I págs. 283 ss.; *Seiler,* JBl 1969, pág. 117; *Detzer,* Einheitstäterlösung pág. 275, que se ha introducido en el § 12 österr. StGB de 1975; al respecto vid. *Triffterer,* Die österreichische Beteiligungslehre, 1983 y *Schmoller,* ÖJZ 1983, págs. 337 ss. También el Código penal italiano de 1930 contiene en el art. 110 la regulación de la autoría unitaria; sobre ello vid. *Seminara,* Tecniche normativa e concorso di persone págs. 7 ss. Profundizando a favor de una autoría unitaria "funcional" *Kienapfel,* Erscheinungsformen págs. 34 ss.; *el mismo,* JuS 1974, págs. 6 ss. Su valor es divisado por *Kienapfel,* Einheitstäter pág. 31, sobre todo en la renuncia a la accesoriedad y en la posibilidad de una determinación de la pena "global". Mostrando sus reservas, por el contrario, *Burgstaller,* ÖRiZ 1975, págs. 13 ss., quien reduce el significado del § 12 österr. StGB a una misma conminación penal para todos los intervinientes; en su contra *Kienapfel,* ÖRiZ 1975, págs. 165 ss.

[5] Vid. las referencias de *Kienapfel,* Einheitstäter págs. 11 ss.; también por algún adversario de la escuela moderna, *v. Birkmeyer,* VDA Tomo II, págs. 82 ss.

[6] *v. Dohnanyi,* Täterschaft und Teilnahme págs. 75 ss.

2. Por estos motivos el Derecho penal alemán no ha asumido el principio de la autoría unitaria, sino que distingue entre las **distintas formas de colaboración**. Este punto de vista también ha encontrado expresión en la propia Ley. A través de los §§ 25 a 27 el concepto unitario de autor sufre un claro rechazo[7]. No obstante, ello sólo rige para la colaboración dolosa puesto que en el delito imprudente toda forma de colaboración causal es considerada autoría (vid. *infra* § 61 VI).

a) El tratamiento diferenciado de las formas de intervención se corresponde con la *tradición histórica*[8]. La elaboración de una teoría especial de la participación fue la obra de la Ciencia italiana del Derecho penal de finales de la Edad Media. Estando todavía inacabada, dicha teoría fue asumida en los arts. 177, 107 y 148 de la CCC. A partir de entonces la Ciencia del Derecho común, de acuerdo con el modelo italiano, diferencia entre las distintas formas de participación hasta llegar a nuestro Derecho actual. Fue sólo por influencia de *Böhmers* por quien se impuso la distinción objetiva entre la autoría y la participación de acuerdo con el criterio de la realización de una acción ejecutiva (causa physica) o de una acción de mero apoyo a ésta (causa moralis). La delimitación actual entre autoría, inducción y complicidad surge del Código penal francés de 1810 (art. 60) y se alcanza con el RStGB a través del StGB prusiano de 1851[9].

b) Bajo el título de "Autoría y participación" el Derecho vigente regula la totalidad de las formas de colaboración en el delito describiendo sus elementos esenciales. Sin embargo, tal y como inmediatamente se deduce de los §§ 25 a 27, la autoría y la participación no se encuentran al mismo nivel. La línea separadora discurre entre el autor, el coautor y el autor mediato por un lado, y el inductor y el cómplice por otro, pues también el coautor y el autor mediato cometen la acción punible como autores, si bien el primero lo hace en colaboración con otro autor y el segundo por medio de otro que usa como instrumento; en cambio, el inductor y el cómplice colaboran en un delito ajeno. De ahí que la inducción y la complicidad como formas de participación presuponen siempre la autoría de otro. La dependencia de la participación del hecho principal se denomina

---

[7] Así se pronuncia la opinión unánime de la doctrina; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 512; *Bloy*, Beteiligungsform págs. 149 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 174; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 1b antes del § 25; *Herzberg*, Täterschaft págs. 1 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 21/4 ss.; *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núm. 2 antes del § 25; *Lackner*, nota preliminar núm. 1 antes del § 25; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 47 núm. 15; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 1 antes del § 25; *SK (Samson)* § 25 núm. 2; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 539 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 510.

[8] Sobre ello vid. *Engelmann*, Binding-Festschrift Tomo II págs. 394 ss.; *Heimberger*, Die Teilnahme págs. 98 ss.; *Maiwald*, Bockelmann-Festschrift págs. 344 ss.; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 169 ss.

[9] Vid. *Goltdammer*, Materialen Teil I pág. 299.

accesoriedad (vid. *infra* § 61 VII). Además, la inducción y la complicidad sólo están castigadas como colaboración *dolosa* en el hecho ajeno[10]. A pesar de ello la participación imprudente no queda impune sin más sino que, en la medida en que en el delito correspondiente también esté castigada la comisión imprudente, queda comprendida por la autoría imprudente (vid. *infra* § 61 VI).

c) Por el contrario, para el **Derecho administrativo sancionador** ha sido introducido en el § 14 OWiG el *principio de la autoría unitaria*, pues las razones que hablan a favor de una diferenciación no rigen aquí. Pero, en todo caso, la introducción de la complicidad que en las infracciones administrativas no era punible (§ 49 I en su redacción anterior), conlleva una considerable ampliación de los comportamientos que son sancionados como infracción administrativa[11]. Objetable resulta también que los elementos personales especiales que fundamentan la posibilidad de la sanción perjudiquen siempre a la totalidad de los intervinientes, incluso aunque sólo concurran en uno de ellos (§ 14 I 2 OWiG)[12]. Una restricción importante del concepto unitario de autor ha sido llevada a cabo por la BGH 31, 309, a través de la decisión de que la colaboración en la infracción administrativa de otro presupone la actuación dolosa de éste[13].

3. A través de las reglas contenidas en el Código penal la relación entre la autoría y la participación está determinada de acuerdo con su estructura interna. A pesar de ello, la cuestión relativa a los *criterios* con los que hay que distinguir entre la comisión del hecho propio como autor, coautor o autor mediato y el apoyo del hecho ajeno por medio de la inducción o la complicidad, constituye un problema del Derecho penal alemán que se ha discutido durante mucho

[10] Por el contrario, *Otto*, Spendel-Festschrift págs. 276 ss., sostiene que también en la imprudencia es posible una distinción entre autoría y participación. Acerca del Derecho y la doctrina alemana desde la perspectiva italiana vid. *Sammarco*, Riv dir proc pen 1979, págs. 1009 ss.; *Seminara*, Techniche normative e concorso di persone págs. 102 ss.

[11] Vid. *Göhler*, § 14 OWiG núm. 2; *Seier*, JA 1990, págs. 342 ss.; *Trunk*, Einheitstäterbegriff págs. 53 ss. Críticamente, *Cramer*, Grundbegriffe págs. 80 ss.; *R. Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht págs. 36 ss.; *Bloy*, R. Schmitt-Festschrift págs. 35 ss.; *Lange*, Maurach-Festschrift págs. 237 ss., quien advierte críticamente sobre las posibilidades adicionales de extensión del ámbito sancionador; rechazándolas también con una profunda fundamentación. *Welp*, VOR 1972, págs. 299 ss. Vid., por lo demás, en torno a la controversia entre *Cramer*, *Dreher* y *Kienapfel*, *supra* § 7 V nota a pie núm. 47. Con una valoración positiva global del § 14 OWiG, *Schumann*, Einheitstätersystem págs. 70 ss., así como *Trunk*, Einheitstäterbegriff, 1987.

[12] *Göhler*, § 14 OWiG núm. 12a, se remite a la posibilidad de que la ausencia de cualidades personales, de modo correlativo a como sucede con el § 28 I StGB, sea tenida en cuenta en la determinación de la cuantía de la sanción; no obstante, hay que decir que para este caso la Ley no contiene ningún límite superior de la sanción administrativa al estilo del § 49 I núm. 2; sobre ello vid., además, *Trunk*, Einheitstäterbegriff págs. 152 ss.

[13] Al respecto vid. *Göhler*, § 14 OWiG núm. 5b; *KK OWiG (Rengier)* § 14 núms. 5 ss.

tiempo. El punto de partida de la polémica fue la cuestión de la delimitación entre la coautoría y la complicidad y, posteriormente, el debate se ha extendido a la relación entre la autoría mediata y la inducción. Mientras que en la primera de ellas la jurisprudencia recurre casi siempre al criterio de si el interviniente ha querido el hecho "como propio" o "como ajeno" (RG 74, 84; BGH 8, 70 [73]; 18, 87 [90]; BGH MDR 1974, pág. 547), se va imponiendo paulatinamente la correcta opinión de que el cumplimiento de propia mano del tipo (prescindiendo de casos extremos excepcionales) fundamenta la autoría, con lo que la cuestión delimitadora se sitúa sobre una base racional que encuentra su correspondencia con el § 25 I (BGH 8, 393 [395 ss.]; 19, 135 [138]; 27, 205; 28, 308 [310]; 35, 347 [349]; 38, 315 [318]; BGH NStZ 1987, pág. 224; NJW 1993, pág. 74; OLG Stuttgart NJW 1978, pág. 715)[14].

En la cuestión delimitadora hay que comenzar con el concepto de autor, pues a partir del mismo se clarifica lo que debe entenderse por participación en sentido estricto (*concepto primario de autor*)[15]. Por el contrario, no es admisible sustraer en cierto modo el concepto de autor del marco de la causalidad, considerando como autor a cualquiera que no sea partícipe, pues de esta forma dicho concepto de autor perdería sus contornos jurídicos (*concepto secundario de autor*).

III. Concepto restrictivo de autor y teoría de la participación

1. El Derecho vigente contiene en el § 25 I una definición conceptual del autor único inmediato y del autor mediato basada en que el autor es quien "co-

[14] A favor de la tesis de que la realización de propia mano fundamenta siempre la autoría, *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft págs. 546 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núms. 47 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 175; *Eser,* Strafrecht II núm. 37 A núm. 13b; *Herzberg,* ZStW 99 (1987) págs. 52 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 21/36; *Küpper,* GA 1986, pág. 444; *Schönke/Schröder/Cramer,* nota preliminar núm. 75 antes del § 25; *SK (Samson)* § 25 núm. 19; *Wessels,* Allg. Teil núm. 517. En contra de la opinión de que esta tesis vega establecida por el § 25 I, *Baumann,* Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 110; *Lackner,* § 25 núm. 1; *Otto,* Jura 1987, pág. 252; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 47 núm. 64. *Geerds,* Jura 1990, pág. 176, mantiene incluso que la realización de propia mano del tipo es sólo "un indicio que por sí sólo no dice mucho". El Tribunal Supremo Federal ha aceptado la autoría mediata de los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la desaparecida República Democrática Alemana en relación con el homicidio doloso cometido por soldados frente a los fugitivos que atravesaban la frontera de la Alemania del Este (BGH 40, 218 [236 ss.] con comentario aprobatorio de *Roxin,* JZ 1995, pág. 49).

[15] Así, la doctrina mayoritaria; vid. *Lange,* Der moderne Täterbegriff págs. 4 ss.; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. 1 antes del § 47; *H. Mayer,* Grundriß pág. 151; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft pág. 27; *Welzel,* Lehrbuch pág. 98; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 397.

mete" el delito. Según ello, sólo es autor quien comete por sí mismo la acción típica, mientras que la mera cocausación del resultado mediante acciones atípicas no puede fundamentar la autoría **(concepto restrictivo de autor)**[16]. Dicho concepto significa que el establecimiento de formas especiales de participación como la inducción y la complicidad supone una *extensión* de la *punibilidad* a acciones que se encuentran fuera del tipo, puesto que con éste tan sólo sería castigado quien por medio de su propia persona ha matado, robado o mostrado resistencia. Otros intervinientes que tan sólo determinaran al autor a la comisión del hecho o le ayudaran a ésta, quedarían impunes si no fuera por las disposiciones penales especiales relativas a la inducción y la complicidad.

2. Si la realización de la acción típica significa ya objetivamente algo distinto al simple apoyo de ésta, entonces es evidente que la autoría y la participación también deben ser distinguidas de acuerdo con criterios objetivos. Por ello, el concepto restrictivo de autor aparece vinculado con una **teoría objetiva de la participación**. Esta última es defendida a través de dos variantes:

a) La antigua **teoría objetivo-formal**[17] se atuvo rigurosamente al tenor literal de las definiciones de la acción contenidas en los tipos y consideraba autor, sin consideración alguna a la importancia de la contribución en el marco del suceso global, a quien cumplía plenamente con el comportamiento descrito por el tipo; en cambio, cualquier otra aportación causal al hecho sólo podía ser necesariamente participación.

b) El defecto de la teoría objetivo-formal se evidenció en los delitos de resultado puro, pues en ellos la acción consiste sólo en la causación del resultado típico y, en consecuencia, falta una adecuada descripción del injusto de acción para poder diferenciar entre la autoría y la participación. Para estos casos la **teoría objetivo-material**[18] suministró un complemento a través del punto de vista de la

---

[16] Las denominaciones de concepto de autor "restrictivo" y "extensivo" se remontan a *Zimmerl*, ZStW 49 (1929) págs. 41, 45. A favor del primero se pronunciaba sobre todo la doctrina clásica; vid. *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen pág. 250; *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre pág. 59; *Frank*, nota preliminar II antes del § 47; *Hegler*, RG-Festgabe pág. 307; *v. Hippel*, Tomo II págs. 453 ss.; *Grünhut*, JW 1932, pág. 366; *Wegner*, Strafrecht pág. 249. Al respecto vid., además, *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 34 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 47 núms. 71 ss.; *Blei*, Allg. Teil págs. 252 ss.

[17] Vid. *Grünhut*, JW 1932, pág. 366; *Hegler*, RG-Festgabe pág. 307; *v. Hippel*, Tomo II págs. 453 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, págs. 334 ss.; *Mezger*, Lehrbuch pág. 444; *Zimmerl*, ZStW 49 (1929) pág. 46. Al respecto, *Kühl*, Allg. Teil § 20 núm. 24.

[18] Así, por ejemplo, *Liepmann*, Einleitung pág. 70; *Dahm*, Täterschaft und Teilnahme pág. 43. Acerca de las diferentes manifestaciones de la teoría objetivo-material vid. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 38 ss.

mayor peligrosidad que debería distinguir a la aportación del autor al hecho en comparación con la del cómplice. Asimismo, se recurrió a supuestas diferencias en la clase e intensidad de la relación causal[19].

3. Hay que **aceptar el concepto restrictivo de autor como punto de partida**, puesto que descansa sobre la descripción de la acción por el tipo legal y, con ello, conecta con el punto de vista que el propio legislador ha dado a conocer, esto es, comprender bajo el concepto de autoría la conducta contenida en los tipos delictivos concretos[20]. En esta medida, la teoría objetivo-formal también ha encontrado expresión a través del § 25 I porque, en todo caso, autor es aquel que comete por sí mismo el delito. Pero a partir de ahí esta teoría no puede sostenerse. Ciertamente, es indiscutible que posee la ventaja de la claridad, pero esta ventaja se paga demasiado cara con un formalismo basado en una rígida vinculación con el tenor literal de la Ley. Una objeción decisiva en contra de esta teoría es que no permite en absoluto abarcar a la autoría mediata y, en relación con la coautoría, sólo a aquellos coautores que por lo menos han realizado parcialmente el tipo.

Ejemplos: Quien, por medio de su hijo de cinco años que nada sabe, envía bombones envenenados en el día de su cumpleaños a una tía rica a la que espera heredar, responde por asesinato en autoría mediata y no queda impune debido a que él no ha matado por sí mismo o no ha inducido a nadie a un hecho doloso. Aquel que de acuerdo con un plan delictivo conjunto desvía la atención de la tía mientras que otro le vierte veneno en el café, es coautor del asesinato y no un simple cómplice.

Tampoco en su formulación original la teoría objetivo-material alcanzaba a cubrir todos los momentos relevantes del delito, pues la peligrosidad de la aportación individual al hecho no sólo se determina por el suceso externo sino también por medio del plan delictivo conjunto. Asimismo, las graduaciones de la relación causal, aún en el caso de que pudieran hacerse, no serían decisivas pues para la imputación de un hecho lo determinante es la forma y modo de la dirección del curso causal.

Ejemplos: Si A alcanza el café a la tía en el que B ha vertido el veneno por orden de A, entonces A es autor y B cómplice. Si A no sabe nada del veneno B se convierte en autor mediato a pesar de que el curso externo del hecho no ha variado en nada.

---

[19] Vid. *Feuerbach*, Lehrbuch 13.ª ed., págs. 74 ss.; *v. Birkmeyer*, Die Lehre von der Teilnahme págs. 112 ss.; *Frank*, nota preliminar II (pág. 104) antes del § 47: autoría es la colocación de una "causa" y la participación es la de una "condición". Críticamente sobre ello, *Engisch*, Kausalität pág. 79; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 741.

[20] Vid. *Bloy*, Beteiligungsformen págs. 115 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 47 núm. 77; *Lackner*, § 25 núm. 1; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 6 antes del § 25.

IV. Concepto extensivo de autor y teoría subjetiva de la participación

1. Frente al concepto restrictivo de autor se alzó, sobre todo con la aspiración a colmar las lagunas de punibilidad a las que conducía la aplicación consecuente de aquél, el **concepto extensivo de autor**[21]. La base dogmática de esta visión —que hasta cierto punto coincide con el concepto unitario de autor (vid. *supra* § 61 II 1)— viene determinada por la idea de la equivalencia valorativa de todas las condiciones del resultado (vid. *supra* § 28 II 1). Según este concepto, autor es aquel que ha cocausado el resultado típico, sin necesidad de que su aportación al hecho deba consistir en una acción típica. Según ello también el inductor y el cómplice serían por sí mismos autores pero la incorporación de disposiciones penales especiales para la participación demuestra que estas formas de colaboración, en el marco del concepto de autor, deben ser tratadas de un modo diverso al de la autoría misma. Con ello, la inducción y la complicidad aparecen como *causas de restricción de la pena*. Si se considera autor a todo interviniente (en la medida en que no alcance a disfrutar como inductor o como cómplice de una causa de restricción de la pena) que realiza una aportación causal al resultado, resulta evidente tanto la punibilidad del autor mediato, que deja que otro actúe por él, como la del coautor que no emprende por sí mismo la acción típica. De este modo, el concepto extensivo de autor garantiza que no pueda existir ninguna aportación causal al hecho que, al menos por principio, no sea abarcada por el Derecho penal.

2. Pero si la autoría y la participación no permiten ser diferenciadas objetivamente porque, desde un punto de vista causal, son valorativamente equivalentes, entonces sólo resta la posibilidad de buscar su distinción recurriendo a un criterio subjetivo. Por este motivo la **teoría subjetiva de la participación** se vincula al concepto extensivo de autor[22]. Según dicha teoría autor es quien, con independencia de su contenido, realiza una contribución causal al hecho con **voluntad de autor**;

[21] Así, *Baumann*, JuS 1963, págs. 126 ss. (restringidamente, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 535 ss.); *Goetzler*, SJZ 1949, págs. 837 ss.; *Lange*, Der moderne Täterbegriff págs. 37 ss.; *Kohlrausch*, ZStW 55 (1936) pág. 393; *Mezger*, Lehrbuch págs. 415 ss.; *Olshausen*, nota preliminar núm. 20 antes del § 47; *Eb. Schmidt*, Frank-Festgabe Tomo II págs. 117 ss.; *Roeder*, ZStW 69 (1957) pág. 238.

[22] La teoría subjetiva procede de *Köstlin*, System §§ 93, 94 y es defendida por *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 536; *Bockelmann*, Untersuchungen pág. 76; *Olshausen*, nota preliminar núm. 24 antes del § 47; *v. Weber*, Grundriß pág. 65. Al respecto vid. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 51 ss., *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 742 ss.

por el contrario, es partícipe quien posee únicamente una **voluntad de partícipe**. El autor quiere el hecho "como propio", posee por tanto un "animus auctoris"; por su parte, el partícipe quiere el hecho "como ajeno" y por ende posee un "animus socii" (**teoría de la intención**) (vid. *supra* § 61 II 3). El RG ha hecho suya la fórmula de la intención basándose en los motivos del interviniente (RG 3, 181 [182 ss.])[23] y también la jurisprudencia del BGH se sirve de ella aunque dando cada vez más entrada a criterios objetivos (vid. *infra* § 61 V 4). De esta forma, en la aplicación práctica del Derecho la distinción entre la autoría y la participación pasa a ser una cuestión de la determinación de la pena ampliamente alejada del tipo.

Ejemplos: También quien colabora frente a la víctima en el ejercicio de la violencia en una violación debe ser considerado, a pesar de ello, como un mero cómplice (RG 3, 181 [182 ss.]). Quien en un asesinato sólo asume el aseguramiento del autor sin colaborar en la acción homicida, debe no obstante ser calificado de coautor (RG 63, 101). Quien determina a una mujer a que ejecute de propia mano y de forma plenamente responsable un aborto, es autor y no meramente inductor en la medida en que posea voluntad de autor (RG 74, 21 [23]). Quien por instigación y en interés de la madre soltera mata al niño recién nacido, sólo debe ser castigada por complicidad y no por su autoría (RG 74, 21 [23][24]; de modo correlativo, BGH VRS 24, 184 [188]). Quien origina la detención injustificada de otro es autor de la detención ilegal (BGH 3, 4 [5]). Incluso la perpetración de propia mano de la muerte de dos personas por encargo de un servicio secreto extranjero, pueden aparecer sólo como complicidad en el asesinato (BGH 18, 87 [90])[25]. Se califica de simple cómplice a quien, a requerimiento del conductor del vehículo que circulaba, arroja a la víctima fuera del coche donde había quedado atrapada por el accidente, ocasionándole con ello la muerte (BGH GA 1963, pág. 187). Quien en el atraco a un banco asume la vigilancia en el vestíbulo del mismo, sólo debe ser considerado coautor si actúa con voluntad de autor (BGH *Dallinger* MDR 1973, pág. 729). A pesar de la ejecución de propia mano del homicidio, el interviniente fue sólo considerado como cómplice si actúa por un interés que no le es propio y lo hace sólo porque no quiere aparecer ante los otros como un cobarde (BGH *Dallinger* MDR 1974, pág. 547)[26]. También la simple actividad de servir de correo se considera tráfico en el sentido del § 29 I núm. 1 BtMG,

---

[23] Las bases teóricas también han sido aquí sentadas por *v. Buri*, Die Causalität págs. 41 ss.

[24] Críticamente al respecto, *Klee*, ZAK 1940, pág. 188; *Graf zu Dohna*, DStr 1940, pág. 120; acerca de los motivos que subyacían para ello en este caso vid. *Hartung*, JZ 1954, pág. 430.

[25] De acuerdo, *Baumann*, NJW 1963, págs. 562 ss.; *Korn*, NJW 1965, págs. 1206 ss. Críticamente, *Schroeder*, ROW 1964, págs. 102 ss. Agudamente crítico *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 47 núm. 65.

[26] Un análisis profundo de la jurisprudencia vacilante del BGH se encuentra en *Baumann*, NJW 1962, págs. 374 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 2 antes del § 25; *Sax*, JZ 1963, págs. 329 ss.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 91 ss.; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núms. 14 ss.

si el autor quiere como suya la adquisición de la droga del extranjero para suministrarla a la red alemana de traficantes (BGH MDR 1979, pág. 71).

3. Hay que **rechazar** tanto el concepto extensivo de autor como la teoría subjetiva de la participación porque *contradicen el principio estructural del Derecho penal vigente* que se compone principalmente por tipos descritos y delimitados objetivamente[27]. Con la extensión de la punibilidad a cualquier contribución al hecho que sea causal y culpable se diluyen en la práctica las disposiciones penales. En concreto, la existencia en los delitos de propia mano y especiales de tipos específicos para la autoría mediata (§§ 160, 271) evidencia que el extraño de ningún modo es considerado por el legislador como un posible autor, por mucho que hubiera querido el hecho "como propio". A ello se añade el hecho de que la fórmula de la intención no suministra para la distinción un elemento racional que pueda ser verificable, sino que abandona su delimitación a la discrecionalidad del juez. Aún cuando, como con frecuencia sucede en la práctica (RG JW 1937, pág. 2509; RG 74, 84 [85]; BGH 6, 226 [229]; 18, 87 [95]; BGH MDR 1979, pág. 79; GA 1984, pág. 287; NStZ 1991, pág. 280), se atienda a los distintos grados del interés por el hecho que posea el interviniente, para conseguir de este modo un indicio objetivo de la clase e intensidad de la voluntad delictiva **(teoría del interés)**, no se consigue encontrar un criterio útil pues no son pocos los tipos penales que prevén expresamente una actuación en interés ajeno (por ejemplo, §§ 216, 253, 263, 289). En consecuencia, sólo resta la posibilidad de indagar en el decisivo punto de vista de la *actitud interna* del interviniente, un criterio que sólo posee significado para la culpabilidad y que es utilizado contrariamente al sistema para la delimitación del ámbito de la tipicidad. Finalmente, la teoría subjetiva en su consecuencia más esencial contradice al Derecho vigente cuando considera como simple cómplice al interviniente que actúa de propia mano y de modo plenamente responsable por no querer el hecho "como propio", pues en tal caso el § 25 I ("quien comete el hecho por sí mismo") prescribe expresamente la aceptación de la autoría (vid. *supra* § 61 II 3)[28].

---

[27] En relación con la crítica de la teoría subjetiva de la participación vid. *Beling*, GS 101 (1932) pág. 10; *Bloy*, Beteiligungsform págs. 99 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 176; *H. Bruns*, Kritik der Lehre vom Tasbestand pág. 56; *Gallas*, Materialen Tomo I págs. 123 ss.; *el mismo*, ZStW Beiheft Athen 1957 págs. 7 ss.; *Herzberg*, Täterschaft págs. 5 ss.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 51 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik págs. 20 ss.; *Sax*, JZ 1963, págs. 330 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 745 ss.; *Spendel*, JuS 1969, págs. 314 ss.; *SK (Samson)* § 25 núm. 17; *Wessels*, Allg. Teil núm. 517. *Frisch*, Lexikon 8/1620 pág. 3, sostiene con razón que tras la introducción del § 25 I ya no es defendible la teoría subjetiva extrema.

[28] Acerca de la aplicación por la jurisprudencia de un "punto de vista valorativo" en la delimitación entre la coautoría y la complicidad, *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 26.

V. La teoría del dominio del hecho

1. De acuerdo con lo visto ni una teoría puramente objetiva ni, tampoco, una teoría puramente subjetiva pueden fundamentar de modo convincente la esencia de la autoría y, al mismo tiempo, delimitar recíprocamente la autoría y la participación de un modo acertado. Debe buscarse, más bien, una síntesis de ambas doctrinas en la que cada una describa correctamente un aspecto del problema porque su empleo aislado hace perder el sentido del conjunto. Éste es el objetivo de la **teoría del dominio del hecho** que, fundada por *Lobe*[29] y promovida esencialmente por *Roxin*[30], ha conseguido actualmente en la Ciencia una posición destacada[31]. El punto de partida para la solución del problema es el concepto

[29] *LK (11.ª)(Lobe)* § 1933 Einleitung pág. 123.

[30] *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft págs. 60 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núms. 7 ss., 34 ss. Sin embargo, la teoría del dominio del hecho debe ser sustituida en los "delitos infracción de deber" (por ejemplo, §§ 142, 266, delitos de funcionarios, delitos de omisión impropia) por el criterio de que es siempre autor el titular del deber sin consideración a la clase e importancia de su aportación al hecho; así, *Roxin,* Täterschaft, und Tatherrschaft pág. 354; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núms. 37 ss.; siguiéndole, *Jakobs,* Allg. Teil 21/116 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* nota preliminar núm. 71 antes del § 25; *Wessels,* Allg. Teil núm. 514. Ello sólo es correcto en tanto que en todos los delitos especiales sólo puede ser autor quien posea la titularidad del deber Pero de ello no se sigue que todo titular del deber tenga que ser autor; para ello debe, más bien, o poseer el dominio del hecho o dominarlo en parte o ser autor mediato si coopera con un instrumento no cualificado (vid. *infra* § 62 II 7). Críticos también al respecto *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 756 ss., 793 ss.; *Bloy,* Beteiligungsform págs. 229 ss.; *Langer,* Sonderverbrechen págs. 223 ss.; *SK (Samson)* § 25 núm. 35; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II 47 núms. 90 ss.

[31] Así, *Blei,* Allg. Teil págs. 253 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 177; *Eser,* Strafrecht II 37 A núms. 14 ss.; *Gallas,* Materialen Tomo I pág. 128; *el mismo,* ZStW Beiheft Athen 1957 pág. 13; *Heinitz,* JR 1954, pág. 405; *Herzberg,* Täterschaft pág. 8; *Jakobs,* Allg. Teil 21/35 ss. (con una subdivisión adicional del concepto del dominio del hecho); *Jescheck,* SchwZStr 71 (1956) pág. 234; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. I 4 antes del § § 47; *Lackner,* nota preliminar núm. 6 antes del § 25; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 47 núms. 84 ss.; *Niese,* DRiZ 1952, pág. 23; *Otto,* Grundkurs págs. 259 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 20 núm. 29; *Rudolphi,* Bockelmann-Festschrift págs. 372 ss.; *Sax,* ZStW 69 (1957) págs. 432 ss.; *Schroeder,* Der Täter hinter dem Täter págs. 70 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 100; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 749 ss.; *SK (Samson)* § 25 núm. 18; *Wessels,* Allg. Teil núm. 518. Un antecedente de esta teoría se encuentra también en *Welzel,* ZStW 58 (1939) pág. 539 ("dominio final del hecho"). Defiende una teoría del dominio del hecho anclada en un criterio subjetivo, *Nowakowski,* JZ 1956, pág. 546. En este contexto también hay que hacer mención de la "*teoría de la consideración total*" de *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 582, que se comprende no de un modo definitorio sino de forma fenomenológica. Una profunda crítica a la teoría del dominio del hecho se encuentra en *Stein,* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre págs. 189 ss. El intento de *Bottke,* Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992, de fundamentar el concepto de la autoría con vistas a un sistema de Derecho penal común europeo, sobre la base de los "idiomas cotidianos europeos", no suministra un conocimiento fiable porque para el concepto

restrictivo de autor con su conexión al tipo legal. De este modo, la autoría no se fundamenta por medio de cualquier cocausación del resultado típico sino sólo, básicamente, a través de la realización de la acción típica. Ésta, sin embargo, ni es entendida sólo como una actuación que expresa una actitud determinada ni como un puro suceso externo; su comprensión se basa en una *unidad de sentido objetivo-subjetiva*. Con ello el hecho aparece como la obra de una voluntad directora del acontecimiento[32]. Pero para la autoría no es sólo decisiva la voluntad directiva sino también la importancia material de la intervención en el hecho que cada codelincuente asume. En consecuencia, sólo puede ser autor quien, de acuerdo con el significado de su aportación objetiva, gobierna el curso del hecho.

2. De ello se sigue, ante todo, que la **realización de propia mano y plenamente responsable de todos los elementos del tipo fundamenta siempre la autoría**. Éste es también el sentido del § 25 I, primer supuesto, según el cual es castigado como autor "quien realiza el hecho por sí mismo" (vid. *supra* § 61 IV 3).

3. Sin embargo, el concepto de autor no se limita, tal y como sostiene la teoría objetivo-formal, a la realización de la acción típica en su riguroso sentido literal. De la redacción del § 25 se deduce, más bien, que el tipo, bajo ciertos presupuestos, también puede ser cumplido por quienes en realidad no llevan a cabo una acción típica en sentido formal pero que, a pesar de ello, poseen el dominio del hecho o intervienen en el mismo.

a) Por un lado, se trata de los casos de **autoría mediata** (§ 25 I, segundo supuesto) aceptados por la doctrina y la jurisprudencia, en los que el hombre de atrás se sirve de otra persona para la comisión del hecho y, a través de su "preponderancia", obtiene un dominio del hecho asimilable valorativamente a la perpetración inmediata del hecho[33] (BGH 32, 38 [42]: instigación al suicidio como delito de homicidio en virtud de un conocimiento superior [Caso Sirius]). Quien, por el contrario, determina a una persona que actúa típica y antijurídicamente, así como de modo plenamente responsable, es inductor incluso aunque éste "domine" más o menos a aquélla de un modo puramente fáctico; y ello porque la provocación de la resolución delictiva sigue siendo inducción aún cuando ésta se adopta, como ocurre la mayoría de las veces, bajo el fuerte influjo del hombre de atrás[34].

---

de autoría en los Derechos europeos lo importante no es el idioma cotidiano sino el texto de la Ley y su interpretación por la jurisprudencia. Al respecto vid. *Lesch*, GA 1994, págs. 112 ss.

[32] Así, *Gallas*, Materialen Tomo I pág. 128. Además, hay que darle toda la razón a *Engisch*, ZStW 66 (1954) págs. 383 ss., cuando afirma que se trata de una "imagen", pero no resulta posible conseguir más que una descripción gráfica del supuesto de hecho.

[33] Así, por primera vez *Hegler*, RG-Festgabe pág. 307.

[34] En este sentido también *Gallas*, Materialien Tomo I pág. 134; *el mismo*, ZStW Beiheft

b) El segundo grupo de caso se refiere a la cooperación de varios en la **coautoría** (§ 25 II). Ante todo, la totalidad los intervinientes deben ser aquí cotitulares de la resolución delictiva conjunta porque sólo de esta forma pueden convertirse en socios en el ejercicio del dominio del hecho. Pero, más allá, cada uno de ellos también debe realizar objetivamente una aportación significativa al hecho que, en todo caso, vaya más allá de una mera acción preparatoria. Sin embargo, a través de una "división de roles" que resulte más adecuada a la finalidad perseguida puede derivarse para la coautoría que, una aportación al delito que formalmente no entra dentro del marco de la acción típica, es suficiente para su castigo como forma de autoría. Tan sólo debe tratarse de una parte *necesaria* de la ejecución del plan delictivo conjunto en el marco de una "división del trabajo" llevada a cabo racionalmente *(dominio funcional del hecho)*[35].

Ejemplos: Es coautor quien como el líder de una banda de ladrones dirige en el lugar del delito la intervención de sus miembros, incluso aunque él no sustraiga personalmente el botín. Quien, por el contrario, en un momento inmediatamente

---

Athen 1957 págs. 14 ss.; *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 313; *Dreher/Tröndle,* § 26 núm. 4; *Herzberg,* Täterschaft pág. 19; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft págs. 161 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 771; *Welzel,* SJZ 1947, pág. 650; *Wessels,* Allg. Teil núm. 523. Por el contrario, la cada vez más extendida teoría del "autor detrás del autor" se pronuncia a favor de la autoría ante el dominio de la voluntad por parte del hombre de atrás; vid. en este sentido, *Baumann,* NJW 1963, pág. 564; *Blei,* Allg. Teil pág. 258; *Cramer,* Bockelmann-Festschrift pág. 393; *Hardwig,* GA 1954, págs. 260 ss.; *Jäger,* MSchrKrim 1962, pág. 79; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 48 núms. 85 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 20 núms. 77 ss.; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. I 5 B 1 antes del § 47; también a favor de la autoría en los supuestos de error de prohibición vencible, coacción y dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft págs. 199 ss., 242 ss.; *el mismo,* Lange-Festschrift págs. 177 ss.; *el mismo,* GA 1963, págs. 199 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núms. 83 ss., 128 ss. Fundamental sobre el tema, *Schroeder,* Der Täter hinter dem Täter págs. 119 ss. Acertadamente en contra de esta teoría *Spendel,* Lange-Festschrift pág. 171. Sin embargo, el BGH también ha admitido la autoría en el caso extremo del "Rey de los Gatos" ("Katzenkönig-Fall") (BGH 35, 347 [351]), para las personas de atrás que determinaron a un autor a intervenir de forma dolosa y plenamente responsable. Un paso más de el BGH cuando en una sentencia consideró como autores mediatos a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la desaparecida República Democrática Alemana en relación con el homicidio doloso y plenamente responsable cometido por soldados frente a los fugitivos que atravesaban la frontera de la Alemania del Este (BGH 40, 218 [236 ss.] con comentario aprobatorio de *Roxin,* JZ 1995, pág. 49).

[35] Vid. *Gallas,* DRZ 1950, págs. 67 ss.; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft págs. 275 ss., 614 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 49 núm. 5; *Kühl,* Allg. Teil § 20 núms. 103 ss.; *Lackner,* § 25 núm. 11; *Stratenwerth,* Allg. Teil núm. 823; *SK (Samson)* § 25 núm. 43; *Wessels,* Allg. Teil núm. 526. Restringidamente *Herzberg,* Täterschaft págs. 57 ss.; críticamente, *Frisch,* Lexikon 8/1620 pág. 4.

anterior al hecho interviene en el plan ya preparado de un robo con asesinato, limitándose a suministrar el arma y permaneciendo cerca del lugar de la ejecución para proporcionar así el suficiente valor a sus autores, es sólo responsable por complicidad (de otra opinión, OGH 1, 365 [367]). Quien codomina un bloqueo contra la policía mediante la convocatoria del mismo y desarrolla actividades directivas de su ejecución, es coautor en el sentido de los §§ 105, 125, 125a, aún cuando no se encuentre en el lugar de los hechos (BGH 32, 165 [180] "Caso Startbahn West"). Es también coautor en el sentido del § 99 quien, con pleno conocimiento de todas las circunstancias, está integrado en actividades de espionaje, incluso aunque sólo preste servicios de apoyo (BGH NStZ 1984, pág. 287).

4. En la **jurisprudencia del BGH** dominaba hasta el momento la teoría subjetiva (vid. *supra* § 61 IV 2). En su aplicación posterior ha ejercido influencia la problemática relativa a los crímenes violentos cometidos durante el nacionalsocialismo que se planteó tras la segunda guerra mundial. En la condena por los asesinatos ordenados en el marco de organizaciones, los tribunales han rehuido aceptar la autoría cuando los ejecutores vivían bajo la esfera de influencia de quienes los ordenaban y, en lugar de aquélla, se decidían por la complicidad sobre la base del la teoría subjetiva de la participación[36]. Entretanto, la última jurisprudencia ha introducido con fuerza criterios objetivos en la anterior teoría puramente subjetiva, recurriendo a una valoración global en la que se destaca como punto de apoyo el interés y el dominio del hecho o, por lo menos, la voluntad de dominarlo[37]. Por medio de este acercamiento podría ser alcanzado, en cuanto a sus resultados, un consenso suficiente para la gran mayoría de los casos.

Ejemplos: En el delito de evasión de divisas lo relevante para la coautoría es hasta qué punto cada interviniente ha codominado el curso del hecho (BGH JR, 1955, 304 [305]). Es autor quien mata a una persona de propia mano, incluso aunque lo haga bajo la influencia y en presencia de otro y, asimismo, lo haga exclusivamente en interés de éste (BGH 8, 393 [396]). En el doble suicidio que fracasa para una de las personas, el superviviente es autor del § 216 si hasta el último momento había controlado el acontecimiento que debía conducir a la muerte (BGH 19, 135 [140]). Para la aceptación de la coautoría en el robo con extorsión resulta determinante la voluntad de autor sobre cuya existencia hay que decidir "desde un punto de vista valorativo", con lo que el interés y

[36] Vid. críticamente al respecto, *Baumann*, Die strafrechtliche Problematik pág. 317; *Hanack*, Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher págs. 34 ss.; *LK (9.ª)(Busch)* nota preliminar núm. 19a antes del § 47; vid., además, la resolución de la Comisión DJT, JZ 1966, pág. 715.

[37] Vid. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 277 ss.; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 29; *Lackner*, nota preliminar núms. 5 ss. antes del § 25; *Küpper*, GA 1986, págs. 440 ss., 444 ss.; *Otto*, Jura 1987, pág. 249; *Geerds*, Jura 1990, págs. 175 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 522.

el grado de dominio del hecho desempeñan un cierto papel (BGH 28, 346 [348 ss.]). La coautoría en el asesinato presupone que ambos acusados han querido como propio el hecho, pero para ello hay que encontrar puntos de apoyo en el grado de interés que se posee, en el alcance de la intervención y en el dominio del hecho o, como mínimo, en la de dominar este último (BGH GA 1984, pág. 287). De modo similar, BGH 36, 363 (367); BGH NStZ 1982, pág. 27; 1984, pág. 287; 1985, pág. 165; 1987, pág. 224.

VI. La intervención en el delito imprudente

Cuando varias personas cometen conjuntamente un delito a consecuencia de su *imprudencia inconsciente* no es posible hacer una distinción entre autoría y participación, pues en todos los intervinientes está ausente del mismo modo la previsión del resultado típico y, en consecuencia, no puede hablarse del dominio del acontecimiento por ninguno de ellos[38]. Por el contrario, en la *imprudencia consciente* es imaginable una clasificación que se correspondería con la del delito doloso, pues al menos los intervinientes se representan aquí la realización del tipo como posible consecuencia de su hacer. Sin embargo, en los §§ 26, 27 la Ley sólo penaliza la participación dolosa en un hecho que también ha de ser doloso. En el marco de la imprudencia lo determinante para su graduación es sólo el grado de infracción del deber de cuidado, algo que se mide con criterios diversos a los que puede suministrar la teoría del dominio del hecho[39]. **De ahí que autor del delito imprudente es todo aquel que**, con infracción del cuidado necesario en el tráfico jurídico, **coopera a la realización del tipo**, de modo que para ser castigado hay que tener en cuenta que, en la medida en que no se trate de un delito de resultado puro (por ejemplo, §§ 222, 230[40], 309[41]), debe también cumplir

[38] Vid. *Gallas*, Materialen Tomo I págs. 128 ss.; *el mismo*, ZStW Beiheft Athen 1957 pág. 18; *Herzberg*, Täterschaft págs. 72 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 21/111; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 47 núm. 102; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 15 antes del § 25; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1152; *Welzel*, Lehrbuch pág. 99.

[39] Vid. *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núms. 217 ss. De acuerdo con la doctrina mayoritaria la intervención imprudente en un hecho doloso es autoría accesoria imprudente (vid. *supra* § 54 IV). En contra de la punibilidad de la actuación imprudente en tales casos, *Spendel*, JuS 1974, pág. 756. La participación dolosa en una autopuesta en peligro ajena (dolosa o imprudente) sólo es punible como lesiones corporales u homicidio cuando el partícipe, en virtud de un conocimiento superior, comprende mejor el riesgo que quien se pone a sí mismo en peligro (BGH 32, 262 [265]; BGH NStZ 1984, pág. 452; de acuerdo *LK (10.ª) [Jähnke]* § 222 núm. 21; *Stree*, JuS 1985, págs. 181 ss.). A favor de la diferenciación entre la autoría y la participación también en el ámbito de la imprudencia, *Otto*, Spendel-Festschrift págs. 271 ss.

[40] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

[41] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306d (N del T).

con los elementos de la acción (verbigracia, §§ 163, 310b IV[42], 315c III núm. 2, 316 II, 326 V[43]). En conclusión, tampoco existe diferencia entre la autoría y la participación en la imprudencia consciente (vid. *supra* § 54 VI).

Ejemplos: Si la acompañante del conductor incita a éste a conducir de modo irresponsable provocando así un accidente, son ambos autores del homicidio imprudente (no obstante, sólo el conductor es también castigado por el § 315c I núm. 2b en conexión con el apartado 3 núm. 2). Existe homicidio imprudente cometido por autoría accesoria cuando conjuntamente dos trabajadores de la construcción arrojan una viga a la calle de un modo tan descuidado que matan a un viandante.

VII. La dependencia de la participación del hecho principal (accesoriedad)

1. La participación (inducción y complicidad) depende de la existencia de un hecho principal doloso **(accesoriedad)**, pues sólo a través de la comisión de éste se consuma el tipo de injusto de los §§ 26 y 27. Ello conduce a la cuestión de cuáles son las cualidades que el hecho principal debe presentar para constituir un punto de contacto adecuado con la responsabilidad del partícipe. Esta cuestión desempeña también su papel en la coautoría pues también en ella la aportación de un interviniente es completada con la del otro hasta el pleno cumplimiento del tipo[44].

Hasta 1943[45] rigió el principio de la **accesoriedad estricta**, según el cual, el autor debía haber cometido una acción "punible". Por ésta se entendió una acción que tenía que presentar todos los elementos de la punibilidad (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) prescindiendo de las causas personales de exclusión de la pena y de los presupuestos procesales[46]. De modo precipitado y sin tener claras las consecuencias que de ello se derivaban[47], la VO de 29.5.1943 (RGBl. I pág. 341) introdujo la **accesoriedad limitada** para colmar las supuestas lagunas de punibilidad, a pesar de que el § 4 JGG de 1923 hacía ya tiempo que había resuelto la cuestión de la accesoriedad en la participación de delitos cometidos por jóvenes en el sentido de su limitación, y de que los restantes

---

[42] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 307 IV (N del T).

[43] Así, acertadamente, *Jakobs*, Allg. Teil 21/111.

[44] Asimismo, *LK (9.ª)(Busch)* nota preliminar núm. 28 antes del § 47.

[45] Acerca del desarrollo anterior del concepto de accesoriedad vid. *Schlutter*, Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät págs. 13 ss.

[46] Vid. *Frank*, § 48 comentario II 2; § 49 comentario I; RG 31, 395 (396); 57 272 (273); 70, 26 (27). En aquel entonces ya con otro punto de vista, *Kantorowicz*, Tat und Schuld págs. 120 ss.

[47] Vid. *Oehler*, Festschrift zum 41. DJT pág. 255.

casos pudieron ser abarcados sin mayor problema a través de la figura (ya reconocida por toda la doctrina) de la autoría mediata. El hecho principal ya sólo necesitó ser una "acción amenazada con pena" (§§ 48 I, 49, en su redacción anterior). La forma en que ello había de ser entendido la suministraba el § 50 I en su redacción anterior por medio de la definición de que cada interviniente debía ser "castigado de acuerdo con su propia culpabilidad sin consideración a la culpabilidad de los otros". En esta regulación fue discutida sobre todo la cuestión relativa a si la posibilidad de la participación dependía o no del dolo del autor (al respecto vid. la 2.ª ed. de esta obra págs. 498 ss.).

2. El Derecho vigente desde la reforma de 1975 en coincidencia con la doctrina entonces ya dominante y también con una parte de la jurisprudencia (BGH 9, 370) cerraron esta polémica en el sentido de que la inducción y la complicidad presuponen la **comisión de un hecho antijurídico principal de carácter doloso** (§ 11 I núm. 5)[48]. Por medio de esta regulación ha quedado claro el punto de referencia de la inducción y la complicidad. Sin embargo, se originan lagunas de punibilidad en los casos en los que el autor principal actúa imprudentemente y el hombre de atrás no posee los elementos personales de la autoría exigidos por el tipo: por la ausencia de un hecho principal doloso este último no puede ser castigado como inductor y por la falta de la cualidad para ser autor tampoco como autor mediato[49]. Problemas similares surgen también en los delitos de propia mano.

Ejemplos: Quien instiga a un médico a la comunicación de unos hechos que pertenecen al secreto profesional no puede ser castigado por inducción a la infracción de su reserva (§ 203 núm. 1) (de otra opinión, BGH 4, 355; 5, 47). Quien hace creer al conductor de un vehículo implicado en el accidente que el otro interviniente ha renunciado a las comprobaciones no puede ser castigado por complicidad en el delito del § 142 (OLG Stuttgart JZ 1959, pág. 579)[50].

---

[48] Vid. en el mismo sentido, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 555 ss.; *Bockelmann*, Gallas-Festschrift págs. 261 ss., con referencias adicionales en nota a pie núm. 2; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 10 antes del § 25; *Lackner*, nota preliminar núm. 9 antes del § 25; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 53 núm. 107; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 27 antes del § 26; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 880; *Wessels*, Allg. Teil núm. 553.

[49] Sin embargo, también los críticos sostienen que la regulación de los §§ 26 y 27 es inequívoca y vinculante; vid. *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núm. 28 antes del § 26; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 552 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 22/12 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 539 nota a pie núm. 11; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núms. 29 ss. antes del § 25. Por su parte, *Langer*, Sonderverbrechen pág. 468, se conforma con un "hecho principal conscientemente infractor" (acerca de este concepto vid. pág. 301) y según *Schmidhäuser*, Studienbuch pág. 274, debe bastar con "la acción del autor emprendida voluntariamente".

[50] Al respecto vid. *Herzberg*, JuS 1975, págs. 577 ss.; *Roxin*, Einführung pág. 31.

3. Dudosa es la cuestión de si para la punibilidad del partícipe basta con que **éste haya aceptado erróneamente** que el autor actuaba dolosamente. De acuerdo con su representación aquí el partícipe cumple todos los requisitos de los §§ 26 y 27. La disposición contenida en el § 32 E 1962 que expresamente se conformaba sólo con la representación del partícipe de la intervención dolosa del autor, no ha sido asumida sin embargo por el Derecho vigente (vid. BT-Drucksache V/4095). Dado que en los §§ 26 y 27 la Ley exige expresamente el dolo (objetivamente existente) del autor para la punibilidad del partícipe, no cabe conformarse con la suposición del dolo sin infringir la prohibición de la analogía (BGH 9, 382; KG NJW 1977, 817 [819])[51] (con otra opinión en la 2.ª ed. de esta obra pág. 499). Ello significa que por ahora sólo puede ser castigado por inducción intentada a un delito conforme al § 30, mientras que el resto de los casos quedan impunes.

4. La participación no es portadora por sí misma del pleno contenido de injusto sino que lo adquiere del hecho ajeno. Por este motivo, la limitación de la accesoriedad no puede ir hasta el punto de eliminar el requisito de un hecho principal típico y antijurídico. Una rígida regulación de la accesoriedad que extendiera todo elemento cualificador o privilegiante del hecho principal a todos los intervinientes, provocaría efectos injustos pues los aspectos modificativos de la punibilidad pueden estar vinculados a la persona hasta tal punto que sólo puedan perjudicar o beneficiar a aquellos codelincuentes sobre los que realmente concurran[52]. Por ello el § 28 II determina que los **elementos personales especiales** que **agravan, atenúan** o **excluyen** la pena sólo se imputan a aquel interviniente en el que concurran[53]. Esto significa que en la elección del tipo penal aplicable los elementos personales especiales que, respectivamente, agravan o atenúan la

---

[51] En este sentido se pronuncia el parecer doctrinal mayoritario; vid. *Bockelmann*, Gallas-Festschrift págs. 261 ss.; *Herzberg*, Täterschaft págs. 45 ss.; *Jescheck*, SchwZStr 90 (1975) pág. 32; *Letzgus*, Vorstufen pág. 31; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núm. 32; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 143; *Preisedanz*, § 25 comentario III 2 caa; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 556 ss.; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 27 antes del § 26; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 30 antes del § 25; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 963; *Wessels*, Allg. Teil núm. 554. Defendiendo la opinión contraria, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 557 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 10 antes del § 25; *Lackner*, nota preliminar núm. 10 antes del § 25; *Eser*, Strafrecht II núm. 41 A núms. 22 ss.; *Schöneborn*, ZStW 87 (1975) pág. 911 nota a pie núm. 38.

[52] Profundizando en ello, *Schünemann*, Jura 1980, págs. 356 ss.; *Grünwald*, Armin-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 555 ss.

[53] La idea básica del § 28 II es aplicable a los ejemplos reglados de modo que, por ejemplo, la circunstancia agravante contenida en el § 243 I núm. 3, sólo perjudica al partícipe que por sí mismo interviene profesionalmente; vid. *Wessels*, Maurach-Festschrift pág. 307; *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 49.

pena, sólo se tienen en cuenta en aquel autor o partícipe en quien concurran. Y así, por ejemplo, en la inducción a las lesiones corporales que se cometen estando de servicio, el funcionario es castigado por el § 340 I y el inductor no cualificado por el § 223[54]. A través de esta regulación la situación del partícipe no sólo puede verse atenuada sino que también puede agravarse, pues los elementos personales cualificadores de la pena que, ciertamente, concurren en él y no en el partícipe, también le perjudican; asimismo, las circunstancias personales privilegiantes concurrentes en la persona del autor y ausentes en el partícipe no le benefician. Además de lo dispuesto por el § 28 II, el § 28 I determina a favor del partícipe no cualificado que ante la falta de elementos personales especiales que **fundamentan** la punibilidad del autor, entra en juego la atenuación de la pena conforme al § 49 I. Más allá del tenor literal de esta regulación se extraen dos consecuencias: la primera es que quien no posee la cualidad exigida para ser autor tampoco puede convertirse en tal por medio de su colaboración con la persona que sí posee tal cualidad (diversamente a como prescribe el § 14 I 2 OWiG); la segunda es que quien como inductor o como cómplice apoya a un autor cualificado, también es castigado por ello (naturalmente, de modo atenuado) aún cuando carezca de los presupuestos para ser autor.

a) Es dudoso lo que debe ser entendido bajo la expresión "elementos personales especiales"[55]. Según la definición del § 14 I se trata de "cualidades, relaciones o circunstancias personales especiales". Como **elementos personales cualificadores de la pena** del § 50 II, en su redacción anterior, fue exigido en algunas ocasiones el *aspecto de la duración del delito* (RG 25, 266 [267]; OGH 1, 95 [104]; OLG Braunschweig MDR 1948, pág. 183). Pero no se trata de ello sino sólo del **carácter personalísimo del elemento** (BGH 8, 205 [209]; 23, 103 [105])[56]. Hay que

[54] Por el contrario, *LK (11.ª)(Roxin)* § 28 núms. 3 ss; *Cortes Rosa*, ZStW 90 (1978) pág. 433 y *Wagner*, Amtsverbrechen págs. 386 ss., pretenden aplicar al partícipe el tipo realizado por el autor mientras que el tipo que, de acuerdo con el § 28 II, se deriva para el partícipe sólo debe ser tenido en cuenta en el marco de la determinación de la pena.

[55] Vid. las exposiciones de *Heidland*, Die besonderen persönlichen Merkmale págs. 28 ss.; *Jährig*, Die persönliche Umstände págs. 56 ss.; *Gerl*, Die besonderen persönlichen Merkmale págs. 81 ss. Desarrollando principios para la interpretación de los tipos, *Schwerdtfeger*, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale págs. 235 ss.

[56] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 268; *Dreher/Tröndle*, § 28 núms. 3 ss.; *Gallas*, ZStW Beiheft Athen 1957 pág. 35; *Kohlrausch/Lange*, § 50 comentario III; *LK (9.ª)(Busch)* § 50 núms. 17 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 53 núm. 48; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 28 núm. 15; *SK (Samson)* § 28 núm. 16; *Welzel*, Lehrbuch págs. 120 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 555. Por el contrario, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 935, conecta el § 28 (prescindiendo de los elementos de la culpabilidad) sólo con los delitos especiales (por ejemplo,

distinguir entre elementos personales referidos al hecho y los referidos al autor (por ejemplo, en el delito de asesinato entre los primeros se encontraría la alevosía BGH 23, 103 [105] y entre los segundos los móviles abyectos BGH 22, 375 [378 ss.] y el ánimo de ocultar la comisión de un delito BGH 23, 39)[57]. Bajo el § 28 sólo se comprenden los **elementos personales referidos al autor** mientras que los que los referidos al hecho, como caracterizan al injusto del hecho principal perpetrable por cualquiera, son tratados de acuerdo con las reglas generales de la accesoriedad[58]. Según ello, *no todos* los elementos determinantes del aspecto personal del injusto de acción pertenecen a las cualidades, relaciones y circunstancias personales (vid. *supra* § 24 III 4). A exceptuar son por un lado el *dolo* y, por otro, las *intenciones* integrantes de los elementos subjetivos del injusto (RG 56, 171 [173]) (vid. *supra* § 30 II 1), pues sólo son reflejo subjetivo de los elementos del tipo objetivo[59]. Tampoco pertenecen aquí los *deberes de garante* de los delitos de omisión impropia, puesto que la prohibición contenida en estas infracciones se dirige a cualquier persona y el deber de garante sólo posee el significado de equiparar el hacer positivo y la omisión en la imputación del resultado típico[60].

---

§ 266, en segunda modalidad de conducta, o el § 340 en relación con el § 223). Asimismo, *Arzt*, JZ 1973, pág. 685 y *LK (11.ª) (Roxin)* § 28 núms. 51 ss. *Herzberg*, GA 1991, pág. 173, interpreta que un elemento personal es rigurosamente accesorio "si no dice nada acerca del desvalor objetivo del hecho y no desempeña ningún papel en la lesión del bien jurídico". Limitando el § 28 a los delitos especiales y de propia mano, *Jakobs*, Allg. Teil 23/12 ss.; en cambio, *Schünemann*, Jura 1980, págs. 364 ss., pretende incluir *todos* los elementos personales ("solución unitaria"). Acerca de la crítica al criterio de la jurisprudencia, *Langer*, Ernst Wolf-Festschrift págs. 339 ss.

[57] Vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 199 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 28 núm. 2; *Lackner*, § 28 núm. 4; *Vogler*, Lange-Festschrift págs. 267 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 28 núm. 15; *SK (Samson)* § 28 núm. 16; *Wessels*, Allg. Teil núm. 558.

[58] La distinción de *Langer*, Lange-Festschrift pág. 261, entre "injusto común" e "injusto especial" es demasiado estrecha porque sólo está referida a elementos del tipo y, por ejemplo, no integra el elemento de la profesionalidad. También es inadecuada la diferenciación de *Herzberg*, ZStW 88 (1976) págs. 68 ss., entre elementos personales "de valoración neutra" y "referidos a la valoración" pues, en última instancia, todos los elementos del tipo son valorativos. Vid. al respecto el comentario a la discusión de *Gallas* en *Grebing*, ZStW 88 (1976) págs. 173 ss., así como *LK (11.ª)(Roxin)* § 28 núms. 44 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 23/11; *SK (Samson)* § 28 núms. 18a ss.

[59] Vid. *Schönke/Schröder/Cramer*, § 28 núm. 20; *Jakobs*, Allg. Teil 23/16.

[60] Así, acertadamente, *Geppert*, ZStW 82 (1970) pág. 70; *Gerl*, Die besonderen persönlichen Verhältnisse pág. 165; *Herzberg*, ZStW 88 (1976) pág. 108; *Lackner*, § 28 núm. 6; *Preisendanz*, § 28 comentario núm. 3; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 28 núm. 19; de otra opinión, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 584; *Dreher/Tröndle*, § 28 núm. 6; *Eser*, Strafrecht II núm. 42 A núm. 12; *Jakobs*, Allg. Teil 23/25; *Langer*, Lange-Festschrift pág. 262; *LK (11.ª) (Roxin)* § 28 núm. 64; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft pág. 515; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 935; *SK (Samson)* § 28 núm. 21, así como *Vogler*, Lange-Festschrift pág. 283, con una profunda fundamentación.

Finalmente, tampoco se alude aquí a los elementos objetivos del autor del § 14 I núms. 1-3 que, interpretados correctamente, no cabe vincular con la definición de elementos personales especiales contenida en esa misma disposición (vid. *supra* § 23 VIII 2).

aa) *Cualidades, relaciones o circunstancias personales que agravan la pena* son, por ejemplo, la profesionalidad y la habitualidad en los §§ 180a, 260 I, 260a, 261 IV 2 (RG 26, 3; 61, 268; 71, 72), la custodia de la cosa en el § 246, segunda modalidad comisiva (posición especial de confianza del autor)[61], la codicia en el asesinato (BGH NStZ 1989, pág. 19) y la condición de funcionario público en los delitos contra la Administración pública (RG 65, 102 [105]; 75, 289 [290]; BGH NJW 1955, pág. 720). El § 28 II tampoco rige para la participación de personas civiles en delitos militares de acuerdo con el § 1 IV WStG, aún cuando el hecho sea punible simultáneamente de acuerdo con el Derecho penal general; de este modo, por ejemplo, el soldado es castigado por coacciones a un superior conforme al § 24 WStG y el civil que toma parte como inductor o como cómplice lo es a través del § 240[62].

bb) Un *elemento personal atenuador de la pena* es el actuar por la petición seria y expresa de la víctima a la que se mata (§ 216); en cambio, para el resto de las circunstancias que normalmente se citan en este contexto (por ejemplo, capacidad de culpabilidad disminuida conforme al § 21; la cualidad de madre extramatrimonial del § 217[63]) rige el § 29 puesto que desde un punto de vista correcto constituyen causas de atenuación de la culpabilidad (vid. *infra* § 61 VII 4c).

cc) Bajo el dominio de la accesoriedad estricta era ya aceptado que las *causas personales de exclusión y revocación de la pena* dejan intacta la responsabilidad del partícipe (por ejemplo, el desistimiento de la tentativa de acuerdo con el § 24 o la inviolabilidad de los parlamentarios conforme al art. 46 I GG), puesto que una "accesoriedad extrema" no ha existido nunca (vid. *supra* § 52 III 2).

b) La relajación de la accesoriedad en virtud del § 28 II entra en juego en las *variaciones dependientes* del tipo básico (vid. *supra* § 26 III 2) cuando éstas contienen elementos personales especiales (por ejemplo, § 221 II[64], 232 II, 260 I núm. 1, 292 III[65], 340). La posibilidad de poder aplicar también esta disposición

---

[61] La cuestión es discutida; en el sentido del texto, *Schönke/Schröder/Eser*, § 246 núm. 29, con referencias adicionales.

[62] Vid. *Schölz/Lingens*, WStG § 1 núm. 41; § 24 núm. 14.

[63] El § 217 que regulaba el delito de infanticidio se encuentra actualmente derogado (N del T).

[64] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 221 II núm. 1 (N del T).

[65] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 292 II núm. 1 (N del T).

a los *delitos de propia mano* debe indagarse por vía interpretativa. Si falta un tipo de partida conjunto con el que poder relacionar un elemento personal especial como causa de agravación o atenuación de la pena, entonces el interrogante debe ser contestado negativamente[66].

c) Los **elementos del tipo de la culpabilidad** y, especialmente, los elementos de la actitud interna (vid. *supra* § 42 II 3) no constituyen elementos personales especiales en el sentido del § 28, pues entran en la órbita del § 29 que expresa el principio de la culpabilidad independiente de los codelincuentes[67]. Para los elementos del tipo de la culpabilidad modificativos de la pena (por ejemplo, el § 217[68]) la cuestión de su clasificación en el § 28 o 29 no desempeña papel alguno en la medida en que ambas disposiciones excluyen la accesoriedad; sí resulta relevante, en cambio, para los elementos que fundamentan la pena (vid. al respecto *infra* § 61 VII 4d).

Ejemplos: Quien induce a la madre soltera al infanticidio es castigado según los §§ 212, 26, mientras que para la autora entra en aplicación el § 217[69] (§ 29). Asimismo, quien por primera vez persigue piezas de caza ajenas junto con un conocido que se dedica profesionalmente a ello, es castigado por el § 292 I y no por el apartado tercero[70].

---

[66] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Blei,* Allg. Teil págs. 269 ss.; *LK (9.ª) (Busch)* § 50 núm. 14; *H. Mayer, Lehrbuch* pág. 340; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 28 núm. 23; *SK (Samson)* § 28 núm. 23; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 940. A favor de la exclusión de los delitos de propia mano *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 582; *Heinitz,* Festschrift zum 41. DJT pág. 112; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 53 núm. 172.

[67] La cuestión relativa a la clasificación de los elementos del tipo de la culpabilidad es discutida; en el sentido del texto *Kühl,* Allg. Teil § 20 núm. 157; *Langer,* Lange-Festschrift págs. 252 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 53 núm. 110; *Jakobs,* Allg. Teil 23/7; *Küper,* ZStW 104 (1992) págs. 574, 584; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 547; *Wessels,* Allg. Teil núm. 559; *LK (11.ª) (Roxin)* § 28 núms. 14 ss.; *Herzberg,* ZStW 88 (1976) págs. 71 ss. (los dos últimos bajo la limitación a los elementos de la culpabilidad *fundamentadores* de la pena). Sin embargo, la doctrina mayoritaria aplica el § 29 sólo a las reglas *generales* sobre la exclusión y atenuación de la culpabilidad (por ejemplo, §§ 17, 19, 20, 33, 35); así, *Gallas,* ZStW Beiheft Athen 1957 pág. 156; *el mismo,* Diskussionsbeitrag bei *Grebing,* ZStW 88 (1976) pág. 174; *Lackner,* § 28 núm. 1; *SK (Samson)* § 28 núm. 14; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 28 núm. 5; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 926; *Vogler,* Lange-Festschrift pág. 267; *Grünwald,* Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 566 ss. El § 14 II el österr. StGB sigue la solución defendida en el texto; vid. *Triffterer,* Allg. Teil pág. 419.

[68] El § 217 que regulaba el delito de infanticidio se encuentra actualmente derogado (N del T).

[69] El § 217 que regulaba el delito de infanticidio se encuentra actualmente derogado (N del T).

[70] Actualmente, quien es profesional de estas conductas responde por el vigente § 292 II núm. 1 (N del T).

d) Los **elementos personales que fundamentan la pena** están excluidos de la regulación del § 28 II porque deben concurrir en la persona del autor para que exista el tipo de la acción punible. De ahí que sólo puedan faltar en el partícipe; en este caso atenúan su pena (§§ 28 I, 49 I), pues el injusto y la culpabilidad en el partícipe no cualificado poseen una menor gravedad que en el autor[71]. No obstante, la atenuación de la pena conforme al § 28 I y al § 27 II sólo beneficia al cómplice en una ocasión (BGH 26, 53). A pesar de ello, si la aceptación de la complicidad posee una base fáctica propia y no se aplica sólo a causa de la ausencia de un elemento personal, entonces entra en juego la doble atenuación de la pena (BGH NStZ 1981, pág. 299).

Ejemplo: Quien induce a un funcionario de correos a ocultar una carta es castigado de acuerdo con el marco punitivo del § 354[72] (RG 28, 100 [102]; 71, 330 [332]) que, sin embargo, ha de atenuarse conforme a los §§ 28 I y 49 I. Lo mismo sucede si se trata de un delito de encubrimiento real con ocasión del servicio (§ 346 en su redacción anterior [actual § 258a] BGH 5, 75 (81 ss.). En ambos casos, y a diferencia de lo que sucede en la doctrina, la jurisprudencia acepta la existencia de un delito de funcionarios de carácter propio. Por el contrario, la cualidad de pariente en el § 173 es un elemento referido al hecho de modo que el inductor que carece de tal condición es castigado según los §§ 173, 26 (BGH NJW 1994, pág. 271).

Los elementos personales que fundamentan o agravan la pena y que concurren en el autor o en el partícipe no necesitan ser idénticos sino que pueden diferir unos de otros[73].

Si en el partícipe falta un elemento del tipo de la culpabilidad que fundamenta la pena, entonces hay que aplicar el § 29 con la consecuencia de que aquél queda impune. En este punto reside una disconformidad determinante con la doctrina mayoritaria que en este caso sólo acepta una atenuación de la pena de acuerdo con los §§ 28 I, 49 I (vid. *supra* § 61 VII 4c, especialmente la nota a pie núm. 67).

Ejemplo: Quien para hacerse con un par de marcos en caso de necesidad reparte octavillas en contra de la CSU las que se desprecia maliciosamente al Land de Baviera, no es punible según los §§ 90a I núm. 1, 27, puesto que él mismo no ha actuado con malicia.

Por el contrario, si en el autor falta un elemento especial de la culpabilidad como, por ejemplo, la inobservancia de la prioridad de paso (§ 315c I núm. 2a),

---

[71] Vid. *Lackner*, § 28 núm. 2; *LK (11.ª)(Roxin)* § 28 núms. 60 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 28 núm. 25. Crítico con el § 28 I *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 550.

[72] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 355 (N del T).

[73] Vid. BGH 23, 39, con comentario de *Jakobs*, NJW 1970, pág. 1089. Críticamente al respecto, *Arzt*, JZ 1973, págs. 682 ss.

el partícipe en el que en cambio sí concurre cuando, por ejemplo, le mete prisa al conductor de un taxi, queda no obstante impune porque entonces no ha concurrido en absoluto el tipo del hecho principal y la existencia del tipo que cumple el autor se muestra como un requisito esencial irrenunciable para la punibilidad de la participación (de otra opinión, BayObLG NJW 1985, pág. 1566 en relación con el elemento de la "perseverancia" en el § 184a)[74].

5. De acuerdo con lo dicho la regulación del § 28 comprende todos los elementos personales especiales que pertenecen al ámbito del *injusto*. En lo relativo al de la *culpabilidad* el § 29 excluye completamente la accesoriedad, algo que ya se sigue de la limitación de la accesoriedad contenida en los §§ 26, 27. El principio de la **culpabilidad independiente** significa que cada uno de los distintos intervinientes es castigado de acuerdo con su propia culpabilidad. La autonomía del reproche culpabilístico rige para las causas de exclusión y atenuación de la culpabilidad (§§ 17, 19 – 21, 33, 35), así como para los elementos especiales del tipo de la culpabilidad. Sin embargo, para el primer grupo hay que tener en cuenta que la concurrencia en la persona del "autor" de las causas que excluyen la culpabilidad o que disculpan el comportamiento realizado, convierten en autor mediato al hombre de atrás si este se aprovecha (vid. *infra* § 62 II 4-6); para el segundo grupo también rige el hecho de que ante la ausencia de un elemento del tipo de la culpabilidad en la persona del autor, tampoco puede ser castigado el partícipe que no presenta por sí mismo dicho elemento.

VIII. Derecho extranjero

Son pocos los *Ordenamientos jurídicos extranjeros* que aplican el concepto unitario de autor[75]; en cambio, la mayoría, al igual que el Derecho alemán, distinguen entre las *diferentes formas de colaboración*[76]. El ejemplo principal de una *regulación* consecuente

---

[74] Así, acertadamente, *LK (11.ª)(Roxin)* § 28 núm. 15; asimismo, *Herzberg*, ZStW 88 (1976) pág. 72; *Jakobs*, Allg. Teil 23/7; *Küper*, ZStW 104 (1992) págs. 584 ss.; *Langer*, Lange-Festschrift págs. 252 ss. Mostrando sus dudas, *Dreher/Tröndle*, § 28 núm. 7; disienten *Schönke/Schröder/Cramer*, § 28 núm. 5; *SK (Samson)* § 28 núm. 12; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 926 (en verdad la objeción de la ausencia del tipo de garantía no afecta a esta solución intermedia).

[75] Vid. *Kienapfel*, Einheitstäterschaft págs. 30 ss.; además, *el mismo*, Der Einheitstäter pág. 17 nota a pie núm. 36.

[76] Al respecto vid. *Dietz*, Täterschaft und Teilnahme págs. 108 ss. Material jurídico extranjero también en Rev int dr pén 1956, págs. 156 ss.; 1957, págs. 49 ss. Acerca del Derecho griego *Benakis*, Täterschaft und Teilnahme págs. 37 ss., 60 ss., 122 ss. Una comparación entre Derecho polaco y alemán la realiza *Spotowski*, Erscheinungsformen págs. 83 ss.; *Herzberg*, ZStW 99 (1987) págs. 73 ss.; *Hünerfeld*, ibidem págs. 228 ss. Con carácter general desde una visión de Derecho comparado *Jescheck*, ibidem págs. 124 ss.

de *autoría unitaria* son los §§ 12 y 14 del StGB *austríaco*[77]. De acuerdo con el § 14 I 1 de dicho texto los elementos personales especiales que afectan al injusto despliegan sus efectos a favor y en contra de todos los intervinientes, incluso aunque sólo concurran en uno de ellos. En *Suiza* la delimitación entre las distintas formas de colaboración en el delito está regida por la teoría subjetiva[78]; la jurisprudencia exige la actuación dolosa y culpable del autor principal[79], mientras que una parte de la doctrina otorga preferencia a la accesoriedad limitada sin el requisito de la presencia del dolo en el autor[80]. El Derecho *francés* descansa sobre el principio de la equiparación del castigo entre la autoría y la participación (art. 59 C.pág. 1810, art. 121-6 C.pág. 1994)[81]. La doctrina las delimita de acuerdo con criterios objetivos[82]. En la jurisprudencia, ciertamente, se encuentran sentencias que emplean en profundidad criterios subjetivos[83], pero han sido objeto de intensas críticas[84]. El originario y riguroso principio del "emprunt de criminalité" ha sido debilitado por una accesoriedad limitada que no exige el dolo en el hecho principal[85]. El C.p. *italiano* contiene en el art. 110 un concepto unitario de autor, de modo que no se plantea el problema de los criterios de delimitación ni el de la accesoriedad[86]. De acuerdo con el art. 117 de dicho texto, incluso en los delitos especiales y de propia mano basta

---

[77] Vid. *Kienapfel,* JBl 1974, págs. 113 ss.; *Platzgummer,* JBl 1970, págs. 244 ss. Vid., además, la controversia entre *Burgstaller,* ÖRiZ 1975, págs. 13 ss. y *Kienapfel,* ÖRiZ 1975, págs. 165 ss. Mediando en ella, *Schmoller,* ÖJZ 1983, págs. 337 ss.; *Triffterer,* Beteiligungslehre págs. 33 ss.; *Höpfel,* ÖJZ 1982, págs. 314 ss. Criticando la tendencia hacia un "sistema mixto" lleno de contradicciones, *Bloy,* R. Schmitt-Festschrift págs. 44 ss.

[78] Vid. *Germann,* Die Bestimmungen über die Teilnahme pág. 36; *Schultz,* SchwZStr 71 (1956) págs. 244 ss.; BGE 69 (1943) IV pág. 97; 76 (1950) IV pág. 160; 77 (1951) IV pág. 91; 101 (1975) IV pág. 31 1. A favor de la teoría del dominio del hecho *Noll/Trechsel,* Allg. Teil I pág. 176.

[79] BGE 71 (1945) IV pág. 135; 85 (1959) IV pág. 135.

[80] Así, *Germann,* Das Verbrechen págs. 78 ss.; *Schwander,* Das schweiz. StGB pág. 129; *Schultz,* Einführung I pág. 291; de otra opinión, sin embargo, *Stratenwerth,* Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I pág. 335, quien demanda el dolo para el tipo del hecho principal; asimismo, *Noll/Trechsel,* Allg. Teil I pág. 186.

[81] Acerca de la diferencia entre la redacción literal de ambas disposiciones, *DesportesLe Gunehec,* Présentation núm. 27 y *Pradel,* Rev dr pén crim 73 (1993) págs. 936 ss.; *el mismo,* Le nouveau Code pénal núm. 32.

[82] *Bouzat,* Traité págs. 751 ss.; *Merle/Vitu,* Traité I núm. 523; *Stefani/Levasseur/Bouloc,* Droit pénal général núm. 255.

[83] Vid., por ejemplo, Cass. De 14.1.1921, Sirey 1922 I pág. 235; Cass. De 13.4.1922, Sirey 1923 I pág. 41. Vid., además, *Merle/Vitu,* Traité I núms. 525 ss., sobre la amplia discrecionalidad de la Corte de Casación mediante la aplicación del criterio de la "assimilation".

[84] Vid. *Gulphe,* Rev sc crim 1948, págs. 682 ss.

[85] Vid. *Léauté,* SchwZStr 72 (1957) págs. 14 ss.

[86] Disienten *Detzer,* Einheitstäterlösung págs. 112 ss. Acerca de su crítica *Seminara,* Tecniche normative págs. 1 ss. En torno a los motivos para la elección de la regulación de un concepto unitario de autor (a diferencia del Código penal de 1889) *Romano/Grasso,* Commentario II, nota preliminar núm. 9 antes del art. 110.

para la autoría cualquier cooperación con eficacia causal[87]. El Proyecto de 1993 mantiene la regulación de un concepto unitario de autor, pero describe de forma más concreta los presupuestos de la colaboración en el delito. El Derecho *español* parte de un concepto restrictivo de autor (art. 14 C.p.[88]), delimita objetivamente entre las distintas formas de intervención y toma por base la accesoriedad limitada[89]. En *Holanda* se distingue, del mismo modo que en el Derecho alemán, entre las formas conocidas de colaboración (arts. 47 ss. W.v.S). La delimitación se lleva a cabo sobre la base de los elementos objetivos[90]. El Código penal *belga* diferencia entre la autoría (a la que es equiparada la inducción por el art. 66 C.p.) y la complicidad (art. 67 C.p.) que es castigada más atenuadamente (art. 69 C.p.). Las distintas formas de la autoría y la complicidad son diferenciadas objetivamente sobre la base de la descripción legal[91]. El Derecho *brasileño*, tomando como modelo la normativa italiana, recoge en el art. 29 C.p. el concepto unitario de autor, pero la doctrina distingue entre las distintas formas de intervención conforme a criterios objetivos[92]. En Derecho *inglés* la delimitación entre la autoría y la participación tiene lugar, asimismo,

---

[87] Sobre ello vid. los comentarios críticos de *Bettiol/Pettoello Mantovani,* Diritto penale págs.674 ss.; además, *Nuvolone,* Sistema pág. 380; *Pagliaro,* Principi págs. 53 ss.; *Mantovani, Diritto* penale págs. 518 ss.; *Fiandaca/Musco,* Diritto penale págs. 358 ss.; *Heinitz,* Festschrift zum 41. DJT págs. 96 ss.; *Kienapfel,* Einheitstäterschaft págs. 30 ss.

[88] El Código penal de 1995, en sintonía con el § 25 StGB alemán, profundiza en el reconocimiento de las distintas formas de codelincuencia. Aunque no acaba de despegarse de la distinción entre autores y cómplices (art. 27 C.p.), propia de los antecedentes históricos de la codificación española, el vigente art. 28 C.p. distingue entre quienes "son" autores (con reconocimiento expreso de la autoría única inmediata, la coautoría y la autoría mediata, con una redacción similar –aunque no idéntica— a la del texto alemán) y quienes meramente "se consideran" como tales a los meros efectos punitivos (inductores y cooperadores necesarios). Y así, de conformidad con el precepto últimamente citado: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado".

A estas figuras se añade, además, la complicidad en el delito que aparece regulada en el art. 29 C.p.: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos" (N del T).

[89] Vid. *Gimbernat Ordeig,* ZStW 80 (1968) págs. 915 ss.; *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,* Derecho penal págs. 808 ss.; *Cobo del Rosal/Vives Antón,* Derecho penal págs. 572 ss.; *Antón Oneca,* Derecho penal págs. 433 ss.; *Mir Puig,* Adiciones Tomo II págs. 909 ss.

[90] Vid. al respecto con jurisprudencia, *Pompe,* Handboek págs. 233 ss.; *van Bemmelen/van Veen,* Ons strafrecht págs. 255 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink,* Inleiding págs. 413 ss. (con indicaciones de la teoría del dominio del hecho).

[91] Sobre ello *Dupont/Verstraeten,* Handboek núms. 585 ss.; *Hennau/Verhaegen,* Droit pénal général núms. 298 ss.

[92] *Fragoso,* Lições págs. 262 ss.; *de Jesus,* Comentários, art. 29 núms. 3 ss.; *da Costa jr.,* art. 29 núms. 5 ss.

desde puntos de vista puramente objetivos: autor es quien realiza de propia mano una acción ejecutiva, mientras que el resto de los intervinientes son partícipes a los que se clasifica de acuerdo con un esquema complicado [93]. Los codelincuentes que no son autores inmediatos ("secondary parties") son considerados autores ("principal offenders") de acuerdo con el art. 8 del Accessories and Abettors Act de 1861, en la redacción dada por la Criminal Law Act de 1977[94]. Las lagunas de punibilidad que provoca la accesoriedad estricta son colmadas por medio de un extenso reconocimiento de la autoría mediata (principals by the means of an innocent agent)[95]. El Derecho *norteamericano*, a diferencia del inglés, se sitúa cerca del concepto unitario de autor en los códigos penales más recientes (vid. el Código Penal Modelo Sect. 2.06)[96], exceptuándose sólo de un modo especial al "accesory after the fact" (encubrimiento). En la medida en que, conforme a la common law, debe distinguirse entre las diversas de colaboración, se utilizan para ello criterios de delimitación de carácter objetivo[97].

§ 62 La autoría mediata

Baumann, Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler? JZ 1958, pág. 230; *Binding,* Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit usw., GS 71 (1908) pág. 1; *el mismo,* Das Subjekt des Verbrechens usw., GS 76 (1910) pág. 87; *Bockelmann,* Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 261; *Drost,* Anstiftung und mittelbare Täterschaft, ZStW 51 (1931) pág. 359; *Engelsing,* Elgenhändige Delikte, Strafr. Abh. Heft 212, 1926; *Exner,* Fahrlässiges Zusammenwlrken, Festgabe für R. v. Frank, Tomo I, 1930, pág. 569; *Gallas,* Anmerkung zu BGH 2, 150, JZ 1952, pág. 371; *el mismo,* Strafbares Unterlassen im Falle der Selbsttötung, JZ 1960, págs. 649, 686; *Grünwald,* Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, pág. 110; *Hegler,* Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 305; *el mismo,* Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigem Handeln der Mittelsperson, Festgabe für R. Schmidt, Tomo I, 1932 (Sonderdruck); *Herzberg,* Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelndem Werkzeug, 1967; *el mismo,* Eigenhändige Delikte, ZStW 82 (1970) pág. 896; *el mismo,* Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, pág. 89; *el mismo,* Der Anfang des Versuchs der mittelbaren Täterschaft, JuS 1985,

[93] *Straub,* Täterschaft und Teilnhame pág. 67.

[94] *Smith/Hogan,* Criminal Law págs. 123 ss.

[95] Vid. *Kenny/Turner,* Outlines pág. 111; *Glanville Williams,* Criminal Law págs. 349 ss.

[96] Acerca de la regulación del Código Penal Modelo *Herlitz,* Parties to a Crime págs. 87 ss.; *LaFave/Scott,* Substantive Criminal Law II págs. 132 ss.

[97] Vid. *Honig,* Das amerikanische Strafrecht págs. 218, 233; *Kadish,* California Law Review 73 (1985) págs. 336 ss.

pág. 1; *Hillenkamp,* Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Kausalverlauf, 1971; *Hirsch,* Anmerkung zu BGH vom 18.7.1978, JR 1979, pág. 429; *Jäger,* Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, 1967; *Johannes,* Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeugs. Ein Scheinproblem, 1963; *Kadel,* Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, GA 1983, pág. 299; *Armin Kaufmann,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Kienapfel,* Anmerkung zu BGH 32, 262, JZ 1984, pág. 750; *Krüger,* Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, 1994; *Kühl,* Versuch in mittelbarer Täterschaft, JuS 1983, pág. 180; *Küper,* Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, JZ 1983, pág. 361; *el mismo,* Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip, JZ 1989, pág. 935; *J. Meyer,* Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 (1975) pág. 598; *M.-K. Meyer,* Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984; *Puppe,* Grundzüge der actio libera in causa, JA 1980, pág. 345; *Roxin,* Der Anfang des beendeten Versuchs, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 213; *el mismo,* Literaturbericht, ZStW 85 (1973) pág. 76; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 32, 38, NStZ 1984, pág. 70; *Rudolphi,* Ist die Tellnahme an einer Notstandstat strafbar? ZStW 78 (1966) pág. 67; *el mismo,* Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr, GA 1970, pág. 353; *Schaffstein,* Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers, NStZ 1989, pág. 153; *Schilling,* Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975; *Schröder,* Eigenhändige und Sonderdelikte bei Fahrlässigkeitstatbeständen, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 233; *Schumann,* Anmerkung zu BGH 35, 347, NStZ 1990, pág. 32; *Schweiger,* Das Urteil des BGH zur Frage der Denunziation, NJW 1952, pág. 1200; *Sippel,* Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug, NJW 1983, pág. 2226; *Sowada,* Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, Jura 1986, 399; *Tröndle,* Zur Frage der Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, GA 1956, pág. 129; *v. Uthmann,* Objektive und subjektive Tatherrschaft, NJW 1961, pág. 1908; *Welzel,* Anmerkung zu OLG Bamberg vom 27.7.1949, DRZ 1950, pág. 303.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes del § 61

I. Naturaleza y delimitación de la autoría mediata

1. La **autoría mediata** es una forma de autoría y, al igual que la de naturaleza inmediata, se caracteriza por la **posesión del dominio del hecho** (vid. *supra* § 61 V 3a)[1]. Autor mediato es quien realiza el tipo sirviéndose de otro como "**instru-**

[1] Así, *Blei,* Allg. Teil pág. 256; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 179; *Cramer,* Bockelmann-Festschrift pág. 397; *Hegler,* R. Schmidt-Festgabe pág. 21; *el mismo,* RG-Festgabe pág. 307; *Gallas,* Materialien Tomo I pág. 133; *el mismo,* ZStW Beiheft Athen 1957 pág. 15; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. I B 2 antes del § 47; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 48 núm. 11; *Jakobs,* Allg. Teil 21/63; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 54; *Lackner,* § 25 núm. 2; *Welzel,* Lehrbuch pág.

mento" para la ejecución de la acción típica. En la autoría mediata el dominio del hecho presupone que el acontecimiento global se presenta como obra de la voluntad directiva del hombre de atrás y que éste controla la acción del ejecutor por medio de su influencia sobre él. El Código penal alude a la autoría mediata en el § 25 I (será castigado como autor quien comete el delito "por medio de otro") sin definir, como sin embargo hacía el § 28 II E 1958, las distintas formas de aparición de dicha figura[2].

En su historia dogmática la autoría mediata sólo desempeñó el originario papel de cubrir lagunas de punibilidad. Con ello se pretendía comprender aquellos supuestos en los que el castigo a título de inductor no era posible en atención a la accesoriedad estricta de la participación.

Actualmente, sin embargo, se admite generalizadamente que la autoría, también en la forma de autoría mediata, disfruta de *preferencia* frente a la participación (concepto primario de autor, vid. *supra* § 61 II 3) y que a causa de la existencia del dominio del hecho la autoría mediata del hombre de atrás también hay que aceptarla aún cuando la inducción, como consecuencia de la limitación de la accesoriedad, también fuera posible (por ejemplo, en el caso en el que instrumento actúa sin culpabilidad)[3]

2. La figura jurídica de la autoría mediata, no obstante, no puede ser comprendida sin ningún tipo de límites. La **posibilidad de apreciarla finaliza** allí donde el instrumento es un *autor plenamente responsable*, pues la Ley penal parte

102; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 760; *Wessels,* Allg. Teil núm. 538. En el lugar del dominio del hecho *Schumann,* Handlungsunrecht págs. 74 ss., sitúa el concepto más estrecho del "dominio de la acción" a través de la intervención en la formación de la voluntad de un ejecutor capaz de autodeterminarse responsablemente. En los delitos de infracción de deber (por ejemplo, delitos de funcionarios) *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft pág. 360, pretende emplazar la vulneración de dicho deber en el lugar que ocupa el dominio del hecho. Lo correcto es, sin embargo, situarse aquí también en el criterio del dominio del hecho (vid. *supra* § 61 V nota a pie núm.). Si, por ejemplo, varios intervinientes están sometidos al mismo deber lo relevante será determinar quién de ellos posee el dominio del hecho. Si en el delito especial propio interviene un instrumento "no cualificado" el dominio del hecho del hombre de atrás hay que fundamentarlo normativamente (vid. *infra* § 62 II 7). *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 58 ss., intenta deducir la autoría mediata de la teoría de la imputación objetiva; siguiéndole, *M.-K. Meyer,* Ausschluß der Autonomíe pág. 72. Por su parte, *SK (Samson)* núm. 22, sostiene que la autoría mediata en los delitos de resultado puro es superflua, pero de este modo deja abierto el criterio de la delimitación con la participación.

[2] El E 1962 ya había renunciado a una descripción de esa naturaleza en su § 29 I (Fundamentación, pág. 149) a causa de "la multiplicidad de las formas de la autoría mediata".

[3] Vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 548; *Binding,* GS 71 (1908) págs. 4 ss.; *Gallas,* Materialen Tomo I pág. 135; *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 305; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 25 núm. 30.

de que en este caso el interviniente inmediato tiene que responsabilizarse personalmente del hecho, lo que impide considerarlo simultáneamente como un simple "instrumento" en manos de otro; para el otro interviniente sólo entra en juego la coautoría, la inducción o la complicidad (de otra opinión, BGH 35, 347 [351 ss.]; 40, 218 [236 ss.]; vid. *supra* § 61 5 3a nota a pie núm. 34 *in fine*)[4]. Dado que todos los elementos de la punibilidad deben concurrir en la persona del hombre de atrás, la autoría mediata está también excluida cuando el tipo exige la *ejecución corporal* o, al menos, *personal* de la acción por parte del autor (*delitos de propia mano*) o cuando al hombre de atrás le falta la *cualificación* especial (*delitos especiales propios*) (vid. *supra* § 26 II 6) presupuesta por el tipo de la modalidad delictiva correspondiente[5]. Finalmente, hay que negar la posibilidad de una *autoría mediata imprudente* puesto que en la imprudencia, ante la ausencia de una voluntad directiva del hecho, no es posible un dominio de éste; por lo demás, en este último caso una figura como la de la autoría mediata es también prescindible porque cualquier interviniente que actúa con infracción del deber de cuidado coproduciendo el resultado es considerado sin más responsable a través de la autoría accesoria (vid. *supra* § 61 VI)[6].

---

[4] En este sentido también *Jakobs*, Allg. Teil 21/63. Con acierto *Schumann*, Handlungsunrecht págs. 73 ss., basa esta máxima sobre el principio de la autorresponsabilidad. Un supuesto especial de autoría mediata es aquel donde el instrumento que actúa delictivamente sólo se da cuenta de una parte del plan que le ha asignado el autor mediato (robo y no homicidio); aquí es también posible apreciar la autoría mediata en relación con el plan delictivo ocultado al instrumento (BGH 30, 363 [365] con reseña crítica de *Sippel*, NJW 1983, pág. 2226). A favor de la autoría del hombre de atrás ante el error de prohibición vencible y error sobre el sentido concreto de la acción del lado del intervinente, así como en los delitos cometidos mediante aparatos organizados de poder, *Roxin*, Lange-Festschrift págs. 173 ss. En contra, *Schumann*, Handlungsunrecht págs. 75 ss.; *M.-K. Meyer*, Ausschluß der Autonomie págs. 170, 185; *Spendel*, Lange-Festschrift pág. 171.

[5] Vid., más detalladamente, *LK (9.ª)(Busch)* § 47 núms. 30 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 21/67; *Herzberg*, ZStW 82 (1970) págs. 314 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núms. 44, 45; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 756, 758.

[6] En el mismo sentido que aquí *Baumann*, JuS 1963, pág. 92; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núm. 2; *LK (9.ª) (Busch)* § 47 núm. 33; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 59; *Schröder*, v. Weber-Festschrift págs. 236 ss. Surge una laguna de punibilidad en los §§ 315c III, 316 II como delitos imprudentes que, a la vez, son de propia mano (al respecto vid. BGH 18, 6 [9]; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 315c núm. 36b; *Rudolphi*, GA 1970, pág. 359). A favor de la autoría mediata imprudente *Exner*, Frank-Festgabe Tomo I pág. 570; *LK (8.ª) (Mezger)* § 47 comentario núm. 9a; *Kohlrausch/Lange*, § 47 comentario I B 3; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 519; *M.-K Meyer*, Ausschluß der Autonomie pág. 73; también en los delitos de infracción de deber *(Roxin)* § 25 núm. 220.

3. Para que pueda ser afirmado el dominio del hecho del hombre de atrás el instrumento debe encontrarse frente a éste en una *situación inferior*. Conforme a ello **todos los requisitos de la punibilidad** deben concurrir **en el hombre de atrás**[7]. La inferioridad puede basarse en la violencia, el error, la incapacidad de culpabilidad o, incluso, tan sólo en la circunstancia de que el hecho al que el hombre de atrás ha instigado al instrumento no puede ser en absoluto cometido por éste como delito, por faltarle la cualificación o la intención necesaria. La cuestión de cuándo concurre en concreto esa posición de inferioridad puede, sin embargo, ser dudosa y no es contestada unitariamente en los distintos grupos de casos de la autoría mediata (vid. *infra* § 62 II). En todo caso, la autoría mediata no presupone siempre que el hombre de atrás ha *instigado* al instrumento a la comisión del hecho. También puede entrar en juego la autoría mediata ante una cooperación que externamente se presenta como *complicidad*, si del comportamiento del hombre de atrás depende que el hecho sea efectivamente cometido (por ejemplo, el sobrino vierte inadvertidamente el veneno en la taza de café que la enfermera sirve sin saberlo a la tía adinerada)[8]. Pero, más allá, en los delitos de resultado también debe bastar una cooperación externa totalmente inesencial cuando el interviniente inmediato actúa sin dolo, porque entonces el hombre de atrás es el único que divisa las conexiones (por ejemplo, a petición de otro alguien alcanza un vaso de agua para disolver un medicamento y se da cuenta de que aquél, erróneamente, ha vertido un veneno mortal)[9]. Se alcanza no obstante el límite de la autoría mediata cuando la Ley penal valora el comportamiento del interviniente inmediato como un hecho doloso plenamente delictivo, pues entonces ya no es jurídicamente posible un dominio por parte del hombre de atrás[10].

II. Los grupos de casos de la autoría mediata

Las hipótesis de autoría mediata muestran en esencia claros contornos que han sido elaborados poco a poco por la doctrina y la jurisprudencia. Las dudas existentes se limitan a la cuestión de la delimitación y de la fundamentación.

---

[7] Asimismo, *LK (9.ª) (Busch)* § 47 núm. 45; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 25 núm. 7.

[8] Vid. *Gallas,* Materialien Tomo I pág. 138; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 48 núm. 61; *Mezger,* Lehrbuch pág. 429; *LK (9.ª) (Busch)* § 47 núm. 32; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 767.

[9] Así, *Nowakowski,* JZ 1956, pág. 549; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft págs. 175 ss. Con otro criterio, sin embargo, *M. E. Mayer,* Lehrbuch pág. 377; *Binding,* GS 76 (1910) pág. 102 nota a pie núm. 2.

[10] Vid. la visión de conjunto de *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 54; además, *Otto,* Jura 1987, pág. 254; *Kühl,* Allg. Teil § 20 núm. 41. De otra opinión, sin embargo, BGH 35, 347 (351); 40, 218 (236 ss.) (vid. supra § 61 V 3a nota a pie núm. 34 *in fine*).

1. Concurre el caso del **instrumento que actúa atípicamente** cuando alguien, bajo la irresistible influencia de otro, se suicida o se autolesiona. El ejecutor no puede aquí emprender por sí mismo la acción ejecutiva típica a causa de que el tipo correspondiente exige la muerte o la lesión *de otro*. En este supuesto el dominio del hecho del hombre de atrás consiste en que éste controla al instrumento como consecuencia de un error, de la violencia o por la falta de comprensión o de fuerza de voluntad del instrumento[11].

Ejemplos: Concurre homicidio doloso si A induce a B a tocar un cable de alta tensión sin que éste lo sospeche y lesiones corporales si el maestro fuerza al aprendiz a comerse un trozo de intestino sucio (RG 26, 242). Hay que aceptar la existencia de un asesinato si los padres conducen al niño al suicidio por medio de golpes, amenazas y una continua desmoralización psíquica ("Caso de Hildegard Hoefeld")[12], al igual que en la instigación al suicidio de un miembro de la familia que es enfermo mental. Existe también asesinato cuando el autor, en quien confía ciegamente la víctima, conduce a ésta al suicidio haciéndole creer que con ello alcanzaría una nueva existencia (terrenal) (BGH 32, 38 con comentario de *Roxin*, NStZ 1984, pág. 70, "Caso Sirius"). Lo mismo rige en el la provocación del suicidio cuando se engaña a otra persona con querer acabar con la propia vida (BGH GA 1986, pág. 509). Por el contrario, es impune el favorecimiento del suicidio de una persona plenamente responsable a través del ocasionamiento de un error en los motivos, puesto que la víctima sabe que causa su muerte y actúa libremente hasta el momento en el que el error determina su muerte (RG 70, 313 [315]; BGH 2, 150 [151 ss.], con comentario de *Gallas*, JZ 1952, pág. 371[13])[14]. También el favorecimiento del consumo de droga de quien es plenamente responsable constituye un delito de lesiones corporales u homicidio si el interviniente, en virtud de un conocimiento superior, comprende mejor el riesgo de la acción que aquel que se pone a sí mismo en peligro (BGH 32, 262 con comentario de *Kienapfel*, JZ 1984, pág. 750; BGH NStZ 1984, pág. 452; NStZ 1985, pág. 25; MDR 1984, pág. 503); lo mismo sucede en la provocación de

---

[11] Al respecto vid. *Jakobs*, Allg. Teil 21/78 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núms. 106 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núms. 91 ss.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 225 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 9; *SK (Samson)* § 25 núm. 30; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 765; *Wessels*, Allg. Teil núm. 537. Por el contrario, existe autoría inmediata si al comportamiento del "interviniente" le falta incluso la cualidad de la acción; asimismo, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 762 ss.

[12] Vid. la descripción del caso en *Lange*, Der moderne Täterbegriff págs. 32 ss.

[13] Vid. también *Gallas*, JZ 1960, pág. 687; además, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 774.

[14] Profundizando más en la cuestión, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núm. 91 (dominio psicológico del hecho); *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft pág. 227. A favor, con razón, de la restricción de la autoría mediata a su "ámbito clásico", *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter pág. 92. Acerca de la participación imprudente en el suicidio vid. BGH 24, 342; *Spendel*, JuS 1974, págs. 749 ss.

una situación de embriaguez peligrosa para la vida de una persona sin experiencia BGH NStZ 1986, pág. 266; diferente es el caso en el que concurre la posición de garante de un médico, vid. BGH JR 1979, pág. 429, con comentario crítico de *Hirsch*.

2. Existe también un caso de instrumento que actúa atípicamente cuando falta el dolo del ejecutor, aunque en la mayoría de las ocasiones este grupo de casos es objeto de un tratamiento especial bajo la denominación del "**instrumento que actúa sin dolo**"[15]. Aquí el autor mediato consigue el dominio del hecho colocando al ejecutor bajo un error de tipo o aprovechándose de uno ya existente (vid. la leyenda, procedente de la mitología germánica, del Dios de la luz "Balder" que, a causa de "Loki", muere por el objeto que lanza el arma del ciego "Hödur"). También la actuación por imprudencia consciente del ejecutor confiere al hombre de atrás el dominio del hecho si éste, a diferencia de aquél, reconoce las circunstancias del hecho[16].

Ejemplos: Quien envía a alguien que actúa de buena fe a atravesar la frontera con mercancías que deben ser declaradas comete un delito de contrabando en autoría mediata (RG 39, 298). Es autor mediato del hurto quien ilegítimamente permite que un comprador de buena fe se lleve las traviesas del recinto ferrroviario (RG 47, 147 [148]; RG 70, 212). Es autor mediato de un homicidio doloso quien entrega a otro un arma para gastar una broma a sabiendas de que está cargada. El médico que provoca que el farmacéutico de buena fe entregue estupefacientes a persona no autorizada se hace responsable como autor mediato de la expendición ilegal (RG 62, 369 [390]). Quien envía a otro a la comisión de un robo en el que debe matar a la víctima sin saberlo es autor mediato del delito de homicidio (BGH 30, 363 [365])[17].

Por el contrario, hay que negar la aceptación de la autoría mediata en el caso de engaño sobre el ejecutor doloso acerca de la gravedad del *injusto típico* que realmente ha realizado (por ejemplo, acerca del valor de la pintura destruida)[18] o cuando recae sobre una *circunstancia cualificadora del hecho* (por ejemplo, la cualidad de casa habitada del edificio que se incendia)[19]. En estos casos existe

[15] Sobre ello vid. *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 179; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núm. 60; *Frisch*, Lexikon 8/1620 pág. 5; *Blei*, Allg. Teil pág. 258; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 170 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 522 ss.; *SK (Samson)* § 25 núm. 31; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 764 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 537.

[16] Así, acertadamente, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 766 y *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 178 ss.

[17] En este sentido, con acierto, *Kadel*, GA 1983, pág. 302.

[18] Así, *Roxin*, Lange-Festschrift págs. 184 ss. Como en el texto, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 785.

[19] Así, sin embargo, *Roxin*, Lange-Festschrift págs. 186 ss.

inducción, debiéndose tener en cuenta el mayor alcance del dolo del hombre de atrás en el marco de la determinación de la pena. Tampoco es un supuesto de autoría mediata el ocasionamiento de un *error in persona* (vid. *supra* § 29 V 6a)[20]. Es inductor quien por medio de su influencia hace que el autor alcance a otra víctima a causa de un engaño en su identidad; en cambio, si el error no se deriva del influjo del hombre de atrás es autor accesorio[21].

3. Especialmente clara se presenta la referencia de todos los presupuestos de la punibilidad al hombre de atrás en el caso de la autoría mediata por medio de un **instrumento que actúa conforme a Derecho**[22]. Ciertamente, el instrumento mismo actúa en estos casos conforme a Derecho tanto objetiva como subjetivamente (por ejemplo, el funcionario de policía que, sobre la base de una denuncia falsa interpuesta conscientemente, lleva a cabo de buena fe una detención, vid. *supra* § 35 I 3), pero lo relevante aquí no es su actuación adecuada a Derecho sino la ilegalidad de la actuación del hombre de atrás, pues éste sabe que en realidad la privación de libertad no está justificada. El dominio del hecho se fundamenta aquí en que el instrumento, de acuerdo con las disposiciones jurídicas existentes, *debe* comportarse tal y como maliciosamente se había propuesto el hombre de atrás[23].

Ejemplos: El ocasionamiento de la detención de un inocente por un engaño de la autoridad es detención ilegal (RG HRR 1935, pág. 471; BGH 3, 4 [6]; 10, 306 [307]; BGH LM § 3 núm. 2). Quien, conscientemente, a través de las afirmaciones inciertas de una de las partes quiere conducir al juez de un proceso civil a una sentencia que perjudica al adversario, comete una estafa procesal (RG 72, 150). Existe injuria en virtud de autoría mediata si del lado de quien la ejecuta concurre la causa de justificación prevista en el § 193 y ésta, sin embargo, no se aprecia en el hombre de atrás por actuar aquél en virtud de mandato de éste (RG 64, 23 [24]).

Si el hombre de atrás ha provocado intencionadamente una **situación de legítima defensa** en la que el que se defiende, como instrumento de aquél, lesiona al agresor, sólo

---

[20] Así, sin embargo, *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 212 ss.; *el mismo*, Lange-Festschrift págs. 189 ss.

[21] En este sentido, con razón, *Herzberg*, Täterschaft págs. 49 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 784; *Welzel*, Lehrbuch pág. 111.

[22] Al respecto vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 258; *Hegler*, R. Schmidt-Festgabe págs. 21 ss.; *Herzberg*, Mittelbare Täterschaft págs. 28 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 21/81 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núms. 68 ss.; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núms. 69, 80; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núms. 26 ss.; *SK (Samson)* § 25 núm. 32; *Wessels*, Allg. Teil núm. 537.

[23] No puede aprobarse, sin embargo, el resultado que desde un punto de vista extremadamente subjetivo alcanza *Johannes*, Mittelbare Täterschaft pág. 59, consistente en que, básicamente, en la autoría mediata no debe importar si el instrumento actúa o no conforme a Derecho.

es aceptable la autoría mediata del hombre de atrás cuando existe un dominio del hecho tanto frente al agresor como frente al que se defiende. Y así, el defensor es colocado por el autor mediato en una situación de necesidad en la que no le queda otra alternativa que lesionar al agresor, motivo éste por el cual el hombre de atrás domina su conducta. Por el contrario, sólo cabe afirmar en el agresor la situación de inferioridad frente al autor mediato cuando se trata de un niño o de un enfermo mental; en cambio, no es suficiente con la astuta causación de un error en los motivos[24].

Sin embargo, una denuncia *veraz*, aún cuando se efectúe por motivos deplorables, nunca puede fundamentar una autoría mediata en un Estado de Derecho, pues el propio denunciante actúa conforme a Derecho (BGH 3, 110 [114 ss.])[25]. La condena a los denunciantes de la época del nacionalsocialismo por delitos contra la Humanidad, de conformidad con la KRG núm. 10 y sobre la base de una disposición especial prevista para estos casos, descansó sobre la idea de la entrega (en concepto de autoría mediata) de personas materialmente inocentes a un sistema inhumano (OGH 1, 6; 1, 11; 2, 17; 2, 67).

4. Mientras que los grupos de casos tratados hasta el momento son en su esencia indiscutidos, en cambio, surgen dudas allí donde alguien ejecuta un delito por medio de un **instrumento incapaz de culpabilidad** (un niño, una persona embriagada o un enfermo mental) pues, debido a la limitación de la accesoriedad, tales supuestos pueden ser incardinados tanto en la autoría mediata como en la inducción. Determinante es aquí, como siempre, el dominio del hecho del hombre de atrás[26]. No obstante, depende de si su existencia tiene que ser enjuiciada con criterios fácticos o jurídicos. Si, como aquí se hace, se entiende el dominio del hecho como el control del acontecimiento que tiene lugar sobre la base de la superioridad *jurídica* del hombre de atrás, entonces existe autoría mediata en

---

[24] Así, *Herzberg,* Mittelbare Täterschaft pág. 29; *Jakobs,* Allg. Teil 21/85; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 25 núm. 28; *SK (Samson)* § 25 núm. 32; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 789; *Welzel,* Lehrbuch pág. 105; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 69. Sin aquella limitación, no obstante, *Drost,* ZStW 51 (1931) pág. 369; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 48 núm. 73; *Schroeder,* Der Täter hinter dem Täter pág. 100.

[25] Al respecto *Schweiger,* NJW 1952, pág. 1200; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 48 núm. 74; *Eser,* Strafrecht II núm. 38 A núm. 22. Por el contrario, la OLG Bamberg DRZ 1950, pág. 302 con comentario crítico de *Welzel,* pretendía condenar al denunciante por detención ilegal cometida en autoría mediata, si el juez tuviera que aplicar una Ley formalmente válida pero contraria a la moral.

[26] Vid. *Blei,* Allg. Teil pág. 259; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 181; *Gallas,* Materialien Tomo I pág. 134; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. I B 2a antes del § 47; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 48 núm. 79; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 25 núms. 39 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 778; *Welzel,* Lehrbuch pág. 103; *Wessels,* Allg. Teil núm. 537.

todos los casos en los que conscientemente se hace intervenir a un incapaz de culpabilidad y, en verdad, también cuando éste, *fácticamente*, estaba en situación de poder comprender el injusto de su comportamiento y comportarse conforme a Derecho[27].

Ejemplo: El autor encarga la comisión de un incendio a un joven de carácter despierto con trece años de edad. Existe autoría mediata aún cuando el joven posee una "comprensión suficiente" de la antijuricidad de su conducta y ejecuta el mandato por iniciativa propia (de otra opinión, RG 61, 265 [267]).

Si la capacidad de culpabilidad del ejecutor está disminuida considerablemente se rechaza mayoritariamente la autoría mediata del hombre de atrás[28].

5. Si el instrumento actúa bajo un **error de prohibición invencible** el dominio del hecho del hombre de atrás no sólo tiene que ser aceptado cuando éste provoca el error intencionadamente, sino también cuando lo conoce y se aprovecha del mismo. No obstante, si para el ejecutor inmediato del hecho el error es de naturaleza vencible entonces, ciertamente, actúa con una culpabilidad disminuida (vid. *supra* § 41 II 2.ª, IV 1d) pero penalmente sigue siendo plenamente responsable; la aportación al hecho del hombre de atrás es, en consecuencia, tan sólo enjuiciable como participación (de otra opinión la BGH 35, 347 [351 ss.] con comentario crítico de *Küper*, JZ 1989, págs. 937 ss.; BGH 40, 257 [267])[29].

Ejemplo: Si en virtud de una orden el soldado comete un delito grave o menos grave entonces su culpabilidad está excluida si no ha conocido la ilicitud penal del hecho o si tampoco debió haberla conocido (vid. *supra* § 46 II 3b). El superior es, por tanto, autor

---

[27] Por el contrario, *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft pág. 591, acepta la participación cuando el incapaz de culpabilidad ha adoptado autónomamente la resolución delictiva y el hombre de atrás se limita sencillamente a promoverla.

[28] Así, *Herzberg*, Täterschaft págs. 12 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 21/94; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 778; *Schumann*, Handlungsunrecht pág. 76; *el mismo*, NStZ 1990, pág. 32. En contra, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 41; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núm. 86; *Lackner*, § 25 núm. 4. Diferenciando según los casos, *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 120; *Schaffstein*, NStZ 1989, pág. 153.

[29] Así, *Bloy*, Beteiligungsform pág. 351; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 181; *Gallas*, Materialen Tomo I pág. 134; *Jakobs*, Allg. Teil 21/69; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 780. Por el contrario, también es aceptada la autoría mediata en el supuesto de error de prohibición vencible por *Herzberg*, Täterschaft pág. 23 (de otra opinión todavía en *el mismo*, JuS 1974, pág. 374); *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núm. 81; *Preisedanz*, § 25 comentario 3d bb; *Roxin*, Lange-Festschrift págs. 178 ss.; *Lackner*, § 25 núm. 4; *Schumann*, Handlungsunrecht pág. 79. Según *Welzel*, Lehrbuch pág. 103, en este caso siempre existe participación mientras que *Blei*, Allg. Teil pág. 260, sólo acepta autoría mediata si el hombre de atrás ha provocado el error de prohibición para instigar al ejecutor al hecho.

mediato de acuerdo con el § 33 WStG. En cambio, si el subordinado actúa culpablemente entonces es autor aunque de conformidad con el § 5 II del mismo cuerpo legal pueda entrar en juego la dispensa de la pena o una atenuación de ésta a causa de una menor culpabilidad. En este caso al superior se castiga como inductor por vía del § 33 WStG[30].

6. Generalmente reconocido es asimismo el caso del **instrumento que actúa sin libertad**. Quien coloca a otro intencionadamente en una situación de estado de necesidad del § 35 es responsable como autor mediato del hecho cometido en tales circunstancias, puesto que el interviniente inmediato sólo puede salir de la situación de conflicto mediante la perpetración del hecho cuya comisión se propuso el hombre de atrás. Por el contrario, quien se encuentra ya con una situación de necesidad y sencillamente la promueve por medio de la indicación al ejecutor de la vía para la solución del conflicto o mediante el auxilio de cualquier otro tipo y, además, no modifica la situación externa en perjuicio de la víctima del hecho cometido bajo estado de necesidad, comete respectivamente una inducción o una complicidad en el hecho realizado bajo tal estado de necesidad y, por ende, resulta también punible[31].

Ejemplos: Es autor mediato de un asesinato el novio que fuerza a un joven mediante amenazas de muerte (§ 35) a disparar a su prometida de la que ya se ha cansado (RG 64, 30 [32]). Lo mismo rige para el caso de coacción a una tentativa de aborto (RG 31, 395 [398]), así como para el intento de forzar a otro apuntándole con un arma para que atropelle a una persona (BGH NStZ 1986, pág. 547).

7. La fundamentación de la autoría mediata en el caso de ejecución del hecho a través de un **instrumento sin intención o no cualificado** suministra ciertas dificultades a la teoría del dominio del hecho[32]. La aplicación al hombre

---

[30] Vid., más detalladamente, *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter págs. 135 ss., quien, con razón, se dirige contra el criterio sostenido por la BGH 8, 393 (397), en la que el soldado plenamente responsable fue considerado sólo un cómplice. En el sentido del texto, *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 71; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 29.

[31] Asimismo, *Blei*, Allg. Teil pág. 259; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 65; *Jakobs*, Allg. Teil 21/96; *Lackner*, § 35 núm. 15; *Welzel*, Lehrbuch págs. 102 ss.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft pág. 153; *Herzberg*, Täterschaft págs. 13 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 773. Aceptando la impunidad del partícipe en el hecho principal disculpado en virtud del § 35 o § 33, *Maurach/Zipf*, Allg. Teil I § 32 núm. 6 (está ausente la responsabilidad por el hecho); *SK (Rudolphi)* § 35 núm. 21 (por lo menos atenuación de la pena); a favor de lo último también *LK (11.ª)(Roxin)* § 29 núm. 3.

[32] Con frecuencia se acepta que en el supuesto del instrumento no cualificado la teoría del dominio del hecho fracasa y que aquí la autoría debería fundamentarse sobre la infracción del deber especial por parte del hombre de atrás (por ejemplo, el que le incumbe como funcionario); así, *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 360 ss.; *el mismo*, ZStW 85 (1973) pág. 102; *LK*

de atrás de la figura de la inducción o de la complicidad no es aquí posible porque en el interviniente inmediato falta precisamente la intención o la cualidad personal fundamentadora de la pena y, por ello, este último no puede ser autor. Y mucho menos puede hablarse de un dominio de la voluntad por parte del primero en la medida en que no concurre coacción, error o incapacidad de culpabilidad del lado del instrumento. En consecuencia, el dominio del hecho sólo puede fundamentarse aquí *normativamente*[33]. El delito no puede ser cometido en absoluto por el ejecutor sin la cooperación del hombre de atrás, por lo que el suceso penalmente relevante sólo se origina si este último aporta la intención o cualidad demandada por el tipo. Si en estos supuestos no se quiere renunciar completamente a un castigo —algo que, desde luego, conduciría a considerables injusticias— debe estimarse que es suficiente para apreciar el dominio del hecho la presencia del influjo *jurídicamente* necesario del hombre de atrás. Naturalmente que es también necesaria una influencia psíquica sobre el ejecutor que posea aproximadamente la misma importancia que la de una acción inductora (*dominio del hecho normativo-psicológico*). Faltando ésta sólo existirá entonces un delito de omisión del hombre de atrás[34].

Ejemplos: Es autor mediato del hurto quien deja que alguien que le auxilia de mala fe recoja una pelota del jardín ajeno para su apropiación por parte del primero (RG 39, 37 [39]). El alcalde, que como autoridad policial local debe expedir un documento sobre el transporte de presos a través de su municipio, comete una falsedad documental en acto de servicio (§ 348 I) si deja que su empleado particular la expida con la consiguiente falsedad (según la RG 28, 109 [110]).

(11.ª)(Roxin) § 25 núm. 134; *Bloy*, Beteiligungsform págs. 233 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 21/104; *Wagner*, Amtsverbrechen págs. 378 ss.; *SK (Samson)* § 25 núm. 35; *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter pág. 88. Por el contrario, aceptan la impunidad de estos casos, *Herzberg*, Täterschaft pág. 34 y *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 797. Rechazando completamente la figura del "instrumento sin intención", *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 341 ss. y en *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 141, quien en lugar de ésta acepta la autoría del instrumento e inducción del hombre de atrás u omisión de éste con la complicidad del instrumento. *Herzberg*, Täterschaft pág. 35; *Bloy*, Beteiligungsform pág. 240 y *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 801, están aquí a favor de la impunidad.

[33] Así, *Blei*, Allg. Teil págs. 257 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 180; *Gallas*, Materialien Tomo I págs. 135 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 25 núm. 3; *Cramer*, Bockelmann-Festschrift pág. 398; *Hegler*, R. Schmidt-Festgabe pág. 22; *Lackner*, § 25 núm. 4; *Hünerfeid*, ZStW 99 (1987) págs. 239 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 104; *Wessels*, Allg. Teil núm. 537 (sólo para el caso del instrumento que obra sin intención); *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núms. 57, 66 (diferenciando según los casos); *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núms. 81 ss., antes del § 25; E 1962 Fundamentación pág. 149.

[34] Así, *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 328; *SK (Samson)* § 25 núm. 35.

8. Últimamente se acepta con frecuencia un **dominio del hecho por medio de aparatos organizados de poder** (holocausto, terror policial, mafia, orden de disparar a quien atravesaba la frontera de la antigua República Democrática Alemana), de modo que el "autor de la mesa de despacho" que controla la organización aparece siempre como autor mediato (BGH 40, 218 [236 ss.] con comentario aprobatorio de *Roxin*, JZ 1995, pág. 49)[35]. Sin embargo, esta visión sólo merece ser aprobada allí donde los ejecutores mismos no puedan ser considerados como autores plenamente responsables (por ejemplo, de acuerdo con el § 5 I WStG). En caso de que lo sean, la persona que ocupa la posición central de la organización es coautor precisamente porque domina la organización[36]. El carácter común de la resolución delictiva se produce a través de la consciencia del director del aparato y de los ejecutores de que un hecho determinado o varios de ellos de la misma clase deben ser llevados a cabo en correspondencia con las indicaciones de la dirección.

III. El tratamiento de los supuestos de error

Hay que diferenciar tres grupos de supuestos de error.

1. El **hombre de atrás acepta erróneamente** que el interviniente inmediato **actúa dolosamente** o que posee **capacidad de culpabilidad** cuando, en realidad, no actúa intencionadamente o carece de ésta.

Ejemplos: El guardabosques que, contrariamente a su deber, vende en nombre propio madera del bosque y deja que el comprador la retire creyendo que éste también actúa maliciosamente. Para la ejecución de un asesinato alguien se sirve de un delincuente que es un enfermo mental al que no ha reconocido como tal.

En ambos casos el hombre de atrás cree cometer una inducción al hurto o al asesinato, repectivamente, pero objetivamente actúa como un autor mediato sin reconocer su dominio del hecho de forma que tampoco puede ser castigado como autor mediato[37]. Una parte de la doctrina pretende afirmar aquí una tentativa de

---

[35] Así, *Dreher/Tröndle*, § 25 núm. 3; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 128; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núm. 88; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 242 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 526 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 790 ss.

[36] En el sentido del texto, *SK (Samson)* § 25 núm. 36; *Otto*, Grundkurs pág. 273; *Jakobs*, Allg. Teil 21/103. Acerca de la situación de los subordinados vid. *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft págs. 166 ss.

[37] A pesar de ello se decantan por la autoría mediata *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar I B 2a antes del § 47; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 329; *Eb. Schmidt*, Frank-Festgabe Tomo II pág. 131; *v. Uthmann*, NJW 1961, pág. 1909.

participación[38], algo que sin embargo sólo conduce a la punibilidad en el caso de tratarse de una inducción a un delito grave (§ 30 I). En el caso del autor enfermo mental al que no se ha reconocido lo correcto es castigar por una *inducción consumada* (vid. E 62 § 32), pues objetivamente concurre una autoría mediata (esto es, un *más* frente a la inducción) y subjetivamente el dolo de inducir así como también el dolo del autor que resulta necesario según el § 26[39]. Si, como en el caso del presunto ladrón de madera, está ausente el dolo del autor, entonces sólo entra en juego la inducción intentada (vid. *supra* § 61 VII 3). El **caso opuesto** es aquel donde el interviniente inmediato es plenamente responsable mientras que el hombre de atrás acepta erróneamente que falta el dolo o la capacidad de culpabilidad, creyendo en consecuencia estar en posesión del dominio del hecho cuando, en realidad, sólo desencadena una inducción. También aquí hay que reconocer en consecuencia una inducción consumada pues el dolo de ésta se encuentra contenido en la conciencia del dominio del hecho[40]. Lo mismo rige para el supuesto en el que el hombre de atrás cree equivocadamente que en el hurto el instrumento actúa sin ánimo de apropiación (en cambio, la RG 57, 274, acepta la autoría).

2. El tercer caso se caracteriza porque el instrumento comete un **error en el objeto** (vid. *supra* § 29 V 6a). Aquí un sector doctrinal recurre al criterio de si el interviniente inmediato actúa o no dolosamente. En la primera hipótesis el error en el objeto debe beneficiar tan poco al autor mediato como si él mismo hubiera actuado por sí mismo. Por el contrario, sólo ante la intervención no dolosa del instrumento es aceptado un caso de *aberratio ictus*[41] (vid. *supra* § 29 V 6c).

---

[38] Así, *Bockelmann,* Untersuchungen pág. 96; *el mismo,* Gallas-Festschrift pág. 266; *Blei,* Allg. Teil pág. 261; *Hetnitz,* Festschrift zum 41. DJT pág. 106; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 48 núms. 32 ss.; *Tröndle,* GA 1956, pág. 143; *Welzel,* Lehrbuch pág. 123; *Letzgus,* Vorstufen págs. 29 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 963.

[39] En este sentido se pronuncia la opinión mayoritaria; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 558; *Cramer,* Bockelmann-Festschrift pág. 400; *Lackner,* nota preliminar núm. 10 antes del § 25; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 145; *Gallas,* Materialien Tomo I pág. 139; *Mezger,* Lehrbuch pág. 449; *Sax,* MDR 1954, pág. 69; *Schroeder,* ROW 1964, pág. 104; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft págs. 267 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* nota preliminar núm. 83 antes del § 25.

[40] Así, *Gallas,* Materialien Tomo I pág. 139; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 147; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft págs. 271 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 530; *Wessels,* Allg. Teil núm. 547; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 959 ss; *Schönke/Schröder/Cramer,* nota preliminar núm. 83 antes del § 25. Sin embargo, a favor de la autoría mediata sobre la base de la "voluntad de autor", *Baumann,* JZ 1958, pág. 233. A favor de la autoría mediata en grado de tentativa *Herzberg,* Täterschaft pág. 45; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 48 núm. 41; *SK (Samson)* § 25 núm. 38.

[41] Así, *Jakobs,* Allg. Teil 21/106; *Welzel,* Lehrbuch pág. 75.

La opinión opuesta pretende equiparar completamente el instrumento humano al mecánico y, por ende, tratar ambos supuestos de acuerdo con las reglas de la *aberratio ictus* del mismo modo que cuando un arma yerra en su objetivo[42]. La segunda opinión es la correcta porque el dolo del autor mediato, al igual que el del inductor, debe abarcar el resultado del hecho y, por tanto, el error en el objeto del instrumento se muestra para el autor mediato como una *aberratio ictus*.

Ejemplos: A determina a B bajo amenaza de muerte para que mate a su enemigo C; pero B dispara a D al sufrir una equivocación en la idetentidad de la víctima. A deja preparada para B, una asistenta que nada sabe al respecto, una taza de café envenenado para que se lo sirva a C; finalmente es B quien se la acaba bebiendo por una confusión de C. En ambos casos A sólo es punible por una tentativa de asesinato.

3. El autor mediato no es responsable por acciones punibles que el instrumento comete más allá del plan delictivo, bien por propia iniciativa o bien por una comprensión equivocada de lo que se proponía el hombre de atrás **(exceso)**; la razón reside en que esta parte del acontecimiento está privada de su dominio del hecho[43].

IV. Tentativa y omisión en la autoría mediata

1. La autoría mediata también puede ser cometida en **forma de tentativa**. Discutida es no obstante la cuestión de *en qué momento* comienza el estadio de tal forma imperfecta en el sentido del § 22 (vid. *supra* § 49 IV 5). También aquí se diferencia por una parte de la doctrina entre el instrumento que actúa de buena o mala fe. En el primer caso la tentativa debe ya dar comienzo con la influencia por parte del hombre de atrás porque este caso debería ser tratado del mismo modo que cuando se pone en marcha un curso causal mecánico. En el segundo, por el contrario, la tentativa sólo comienza con la acción ejecutiva del instrumento[44].

---

[42] Así, *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 149; *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierungen págs. 49 ss.; *LK (11.ª)(Schroeder)* § 16 núm. 14; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft pág. 215; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 530; *SK (Rudolphi)* § 16 núm. 30; *Wessels*, Allg. Teil núm. 550.

[43] Igualmente, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 48 núm. 45; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 531; *Wessels*, Allg. Teil núm. 545; con una fundamentación subjetiva también *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 549.

[44] Así, *Blei*, Allg. Teil págs. 261 ss.; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar II 3 antes del § 43; *Mezger*, Lehrbuch págs. 386, 401; *LK (9.ª)(Busch)* § 43 núm. 33; *Welzel*, Lehrbuch pág. 191. En cambio, sostienen en todo caso la tentativa del autor mediato cuando éste actúa sobre el interviniente inmediato, *Baumann*, JuS 1963, págs. 92 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 542 ss.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 183; *Jakobs*, Allg. Teil 21/105; profundizando en ello *Schilling*, Verbrechensversuch pág. 104 (con la denominada "solución única").

Ejemplo: La presentación de un inventario incorrecto de mercancías al síndico de la quiebra que actúa de buena fe para que éste transfiera aquéllos a los acreedores lo antes posible, sería ya según ello estafa en grado de tentativa (BGH 4, 270 [273]). El hecho de verter el veneno en el té que será alcanzaado enseguida por el cuidador a la víctima sería tentativa de envenenamiento (RG 59, 1; vid. 66, 141 [141]). Quien mediante engaño induce al comprador de buena fe a llevarse traviesas del almacén de mercancías, comienza ya a cometer un hurto en grado de tentativa (RG 70, 212 [213]). Quien pone en acción a un delincuente contratado para la comisión de un robo quien, sin embargo, desconoce ser un instrumento para el homicidio de la víctima, comete ya un asesinato en grado de tentativa (BGH 30, 363 [365]).

Sin embargo, en este lugar la distinción entre el instrumento que actúa de buena o mala fe no está fundamentada. Según el § 22 la tentativa presupone que, de acuerdo con su plan delictivo, el autor pone en marcha la realización del tipo (vid. *supra* § 49 IV 1). Ello rige también para la autoría mediata. De ahí que, en cualquier caso, sólo existe tentativa cuando el interviniente inmediato pone ya en marcha la ejecución del delito[45]. Pero también puede ser afirmada la tentativa en el estadio previo si el autor mediato instruye al ejecutor y lo ha liberado ya de su esfera de influencia para que dé comienzo inmediato al hecho. Al respecto no puede existir diferencia alguna en función de que el instrumento actúe o no de buena fe (BGH 30, 363 [365])[46].

2. También es objeto de *discusión* la cuestión relativa a si una autoría mediata puede ser cometida por **omisión**. Una parte de la doctrina afirma la posibilidad de apreciarla cuando alguien no evita la acción punible del instrumento en contra de su deber de garante[47]. Por ejemplo, en un establecimiento sanitario el enfermero

[45] A favor del comienzo de la acción ejecutiva del instrumento como momento que resulta determinante para el comienzo de la tentativa, *Frank,* § 43 comentario II 2a *in fine*; *Hegler,* R. Schmidt-Festgabe págs. 66 ss.; *v. Hippel,* Tomo II pág. 475; *Eb. Schmidt,* Frank-Festgabe Tomo II pág. 132; *Kühl,* JuS 1983, pág. 182; *el mismo,* Allg. Teil § 20 núm. 97; *Küper,* JZ 1983, pág. 369; *Kadel,* GA 1983, pág. 299; *LK (9.ª) (Vogler)* § 22 núm. 101; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 48 núm. 115; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 838 (la denominada "solución unitaria"). *Otto,* Grundkurs pág. 281 recurre a la inmediata puesta en peligro del bien jurídico protegido. Según *Krüger,* Versuchsbeginn pág. 186, lo relevante es que el autor mediato "consiga controlar" el bien jurídico atacado.

[46] Así, acertadamente, *Roxin,* Maurach-Festschrift págs. 227 ss.; además, *Dreher/Tröndle,* § 22 núm. 18; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 152; *Herzberg,* MDR 1973, págs. 94 ss.; *el mismo,* JuS 1985, pág. 6; *J. Meyer,* ZStW 87 (1975) pág. 608; *Puppe,* JuS 1980, págs. 348 ss.; *Schönke/Schröder/Eser,* § 22 núms. 54 ss.; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 20; *Wessels,* Allg. Teil núm. 615. Crítico al respecto *Küper,* JZ 1983, págs. 371 ss.

[47] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 547; *Blei,* Allg. Teil pág. 260; *Engelsing,* Elgenhändige Delikte pág. 42; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 48 núm. 95; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 706.

omite impedir que un enfermo mental ataque a otro paciente. Lo correcto es, sin embargo, situar en un primer plano a la opinión contraria[48] que para estos casos acepta una autoría inmediata por omisión, debido a que el deber de vigilancia del enfermo convierte a su cuidador en garante de que aquél no dañe a nadie; aquí, pues, no resulta necesario el rodeo que supone acudir a la autoría mediata (vid. *supra* § 59 IV 4c).

§ 63 La coautoría

Berolzheimer, Die akzessorische Natur der Teilnahme, Diss. München 1909; *Beulke,* Anmerkung zu OLG Köln vom 5.9.1978, JR 1980, pág. 423; *Bindokat,* Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht, JZ 1979, pág. 434; *v. Buri,* Urheberschaft und Beihilfe, GA 17 (1869) pág. 233; *el mismo,* Die Mittäterschaft im Sinne des deutschen StGB, GS 25 (1873) pág. 237; *Busse,* Täterschaft und Teilnahme Bei Unterlassungsdelikten, Diss. Göttingen 1974; *Derksen,* Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft, GA 1993, pág. 163; *Fincke,* Der Täter neben dem Täter, GA 1975, pág. 161; *Furtner,* Zur Frage der Anrechnung erschwerender Umstände usw., JR 1960, pág. 367; *Gössel,* Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 537; *Hardwig,* Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe, GA 1954, pág. 353; *Herzberg,* Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa? JZ 1991, pág. 856; *Kion,* Grundfragen der Kausalität bei Tötungsdelikten, JuS 1967, pág. 499; *Kühl,* Grundfälle zur Vorbereitung usw., JuS 1982, 189; *Küper,* Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978; *el mismo,* Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft, JuS 1981, pág. 568; *Küpper,* Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105 (1993) pág. 295; *Lesch,* Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993) pág. 271; *Murmann,* Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993; *Niese,* Anmerkung zu BGH 2, 344, NJW 1952, pág. 1176; *Oehler,* Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm, GA 1954, pág. 33; *Otto,* Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, JA 1980, pág. 641; *el mismo,* Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, pág. 47; *Puppe,* Anmerkung zu BGH 37, 289, NStZ 1991, pág. 571; *la misma,* BGH 37, 289, NStZ 1991, pág. 571; *la misma,* Anmerkung zu BGH 31, 106, JR 1992, pág. 30; *Roxin,* Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, pág. 519; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 37, 289, JR 1991, pág. 206; *Rudolphi,* Zur Tatbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs usw.,

[48] Así, *Grünwald,* GA 1959, pág. 122; *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte pág. 294; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft pág. 471; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 25 núm. 55; *SK (Rudolphi)* § 13 núm. 33; *Sowada,* Jura 1986, pág. 410; *Welzel,* Lehrbuch pág. 206; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1066.

Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 369; *Scheffler,* Der Verfolger-Fall (BGH 11, 268) usw., JuS 1992, pág. 920; *Scheffler,* Anmerkung zu BGH 11, 268, JR 1958, pág. 427; *Seelmann,* Mittäterschaft im Strafrecht, JuS 1980, pág. 571; *Stoffers,* Mittäterschaft und Versuchsbeginn, MDR 1989, pág. 208; *Timpe,* Anmerkung zu BGH 36, 231, JZ 1990, pág. 97; *Valdágua,* Versuchsbeginn des Mittäters, ZStW 98 (1986) pág. 839; *Winter,* Die Entwicklung der Mittäterschaft im 19. Jahrhundert, Diss. Heidelberg 1981; *Zimmerl,* Zur Lehre vom Tatbestand, Strafr. Abh. Heft 237, 1928.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes de los §§ 61, 62

I. Concepto y delimitación de la coautoría

1. **Si varios cometen conjuntamente un delito cada uno de ellos será castigado como autor (§ 25 II).** La propia Ley denomina en estos casos al interviniente como "coautor". Al igual que la autoría mediata, la coautoría es una forma de autoría. Pero, a pesar de la regulación legal, los presupuestos y la delimitación de la coautoría resultan ser aspectos discutidos[1].

a) También la coautoría se fundamenta a través del dominio del hecho pero, como en su ejercicio concurren varios, el **dominio del hecho** debe ser *conjunto* (vid. *supra* § 61 V 3b). Cada coautor domina el suceso global en colaboración con otro o con otros. Por consiguiente, la coautoría consiste en una "división del trabajo" que hace posible el delito, lo facilita o disminuye sustancialmente el riesgo del hecho. Del *lado subjetivo* exige que los intervinientes estén vinculados recíprocamente por medio de una resolución conjunta, con lo que, en el marco del acontecimiento global, cada uno de ellos debe asumir una función parcial de carácter esencial que les haga aparecer como coportadores de la responsabilidad por la ejecución del conjunto del hecho. La resolución delictiva común es el paréntesis en el que se reúnen las piezas individuales del todo. En su *aspecto objetivo* aquello que cada uno de los coautores desencadena debe mostrar una **determinada medida de significado funcional**, de forma que el desarrollo de cada uno del papel que le corresponde se presente como una pieza esencial de la realización del plan delictivo conjunto *(dominio funcional)* (BGH 24, 286 [288]; BGH NStZ 1985, pág. 165)[2].

---

[1] Acerca de su historia vid. *Winter,* Die Entwicklung der Mittäterschaft im 19. Jahrhundert, 1981.

[2] Así, *Blei,* Allg. Teil pág. 278; *Bloy,* Beteiligungsform págs. 369 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 186; *Jakobs,* Allg. Teil 21/40; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 154; *Eser,* Strafrecht II núm. 39 A núm. 6; *Lackner,* § 25 núm. 11; *Kühl,* Allg. Teil § 20 núm. 99; *Frisch,* Lexikon 8/1620 pág. 7; *Gallas,* Materialien Tomo I págs. 136 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 49 núm. 5; *Roxin,*

b) En cambio, la *teoría subjetiva de la participación* divisa también aquí en la voluntad de autor el criterio decisivo[3]. Sólo debe ser determinante que cada interviniente, con la colaboración de los demás, haya querido el hecho como propio (vid. *supra* § 61 IV 2). En el marco de una resolución delictiva común y ante la existencia de una voluntad de autor, *cualquier contribución causal al hecho*, por pequeño que sea su significado externo, alcanza a cumplir los requisitos objetivos de la coautoría. La jurisprudencia[4] se adhirió tempranamente a esta teoría (RG 2, 160 [163]; 3, 181 [182]). De este modo, ha renunciado a una clara delimitación entre la autoría, por un lado, y la inducción y la complicidad, por otro, en beneficio de un punto de vista valorativo orientado al caso concreto.

Ejemplos: El simple favorecimiento psíquico del hecho mediante consejos puede ser coautoría en el delito de contrabando (RG 35, 13 [17]), y la descripción del lugar y otras circunstancias coautoría en un hurto (RG 53, 138). Asimismo, la elaboración del plan y la comunicación de la oportunidad para la ejecución del robo es igualmente coautoría (BGH NJW 1951, pág. 410). Quien sencillamente transporta al autor del incendio al lugar del hecho puede ya ser coautor del mismo (RG HRR 1934, pág. 147). Puede ser coautor de un delito del § 179 II ejecutado por dos hombres, quien tan sólo está presente de modo aprobatorio en el lugar del hecho sin haber abusado por sí mismo de la enferma mental (RG 71, 364). Por otra parte, sólo puede aparecer como cómplice quien ha realizado el disparo mortal en tanto que se encontraba plenamente subordinado a otro interviniente (OGH 1, 95 [102]). Lo mismo rige también para el caso de colaboración con una banda de contrabandistas (BGH 8, 70 [73]). Es coautor quien induce a otro al hurto de un vehículo con el que deben emprender un viaje conjunto (BGH 16, 12 [13]). Por lo demás, quien ejecuta dos asesinatos por mandato de un servicio secreto ex-

---

Täterschaft und Tatherrschaft págs. 277 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 107; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 509; *Seelmann,* JuS 1980, pág. 574; *SK (Samson)* § 25 núm. 43; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 823; *Wessels,* Allg. Teil núm. 528. Críticamente al respecto, *Herzberg,* Täterschaft págs. 57 ss., quien de modo restringido exige que la aportación al hecho del coautor debe estar "en estrecha relación con la verdadera acción típica" (pág. 66); en contra del criterio del dominio funcional del hecho *Schönke/Schröder/Cramer,* nota preliminar núm. 86 antes del § 25. La teoría objetivo-formal, que exigía para la coautoría una intervención en la acción ejecutiva, fue defendida por última vez por *H. Mayer* vid. Lehrbuch págs. 31 ss. y Grundriß pág. 161.

[3] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 536 ss.; *Baumann,* JuS 1963, pág. 90; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. I 5c antes del § 47; *Olshausen,* nota preliminar núm. 24 antes del § 47; *LK (9.ª) (Busch)* § 47 núm. 6. El acceso a la teoría del dominio del hecho lo llevó a cabo *LK (8.ª) (Mezger)* § 47comentario 2c, a través de la fórmula que entiende que lo decisivo es la "valoración *objetiva* de la actuación voluntaria".

[4] También aquí se extrajeron las consecuencias de la teoría de la causalidad de *v. Buri*; vid. *v. Buri,* GA 17 (1869) págs. 233 ss.; *el mismo,* GS 25 (1873) págs. 237 ss. En torno a su crítica vid. *v. Birkmeyer,* Die Lehre von der Teilnahme págs. 194 ss.

tranjero es sólo cómplice por estar ausente la voluntad de autor, dado que sólo a disgusto se sometió a la voluntad del ordenante (BGH 18, 87 [95]). Constituye coautoría en el tráfico de estupefacientes el desempeño de la función de correo si quien la realiza quiso el hecho como suyo (BGH GA 1984, pág. 572). En dicho delito el coautor debe actuar en propio interés (BGH 34, 124 [125]). La coautoría en el asesinato presupone que el interviniente quiso el hecho como propio (BGH GA 1984, pág. 287). En caso de duda no hay que aceptar coautoría sino complicidad (BGH 23, 203 [207]).

c) La **jurisprudencia reciente** parte, ciertamente, de la voluntad de autor pero para la fundamentación de la coautoría aplica también de modo progresivo criterios objetivos como la elaboración del plan delictivo, el alcance de la colaboración en el hecho, el dominio del mismo o, por lo menos, la voluntad de dominarlo (BGH 33, 50 [53]; 37, 289 [291]; BGH GA 1984, pág. 287; NStZ 1982, pág. 27; 1984, pág. 413; 1985, pág. 165). Especialmente decisivo resulta, además, la "cooperación con los mismos derechos" entre los codelincuentes (BGH GA 1984, págs. 572 ss.).

2. Para la coautoría no rige el principio de la imputación en virtud de la accesoriedad (vid., no obstante, *infra* § 63 V), sino la **imputación recíproca inmediata** de todas las aportaciones al hecho realizadas en el marco de la resolución delictiva común (RG 58, 279; 66, 236 [240]; OLG Hamm NJW 1971, pág. 1954)[5]. No se trata de que el coautor coopera en un hecho ajeno, sino de que jurídicamente todas las aportaciones de los coautores son consideradas equivalentes y son imputadas en su totalidad a cada uno de ellos. Para los *supuestos de error* rigen aquí las reglas generales. El error sobre el objeto que es irrelevante para un coautor tampoco beneficia a los otros. Sólo se derivan particularidades del hecho de que como la coautoría es para cada interviniente una forma de autoría, cada uno de ellos también debe ser un autor idóneo para la parte que llevan a cabo todos los demás (vid. *infra* § 63 I 3b). Si, por ejemplo, a consecuencia del error de uno de los intervinientes la ejecución conjunta de unos daños materiales se realiza contra la propiedad de uno de los coautores, entonces *para este último* sólo se plantea la tentativa de tal delito[6]. De ello también se deriva la solución del caso en el que la agresión que tiene lugar a consecuencia del error de un interviniente

[5] Con acierto subraya *Kühl*, Allg. Teil § 20 núm. 99, que éste es el "meollo de la cuestión"; asimismo, *Wessels*, Allg. Teil núm. 531.

[6] Asimismo, *SK (Samson)* § 25 núm. 49. De otra opinión, *Schröder*, JR 1958, pág. 428, quien aquí, excepcionalmente, pretende dejar pasar los principios de la participación de forma que fueran admisibles los daños materiales consumados. En contra de ello habla el hecho de que, precisamente, la coautoría no es una forma de participación. Disienten también *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 286 ss.; *Baumann*, JuS 1963, pág. 127.

inmediato pierde para uno de los coautores la dirección exigida por el tipo de actuar "contra otro".

Ejemplo: Sobre la base de una resolución delictiva común uno de los coautores dispara en la oscuridad a un supuesto perseguidor que, en realidad, era otro de ellos. La BGH 11, 268 (271) aceptó en este caso la tentativa de asesinato también para el coautor al que iba dirigido el disparo, aún cuando si lo hubiera realizado él mismo sería tan sólo constitutivo de una tentativa de suicidio impune[7]. Aquí sólo existe tentativa por dos motivos: primero porque el disparo falló en su objetivo y, segundo, porque aquel al que alcanzó el disparo no podría haber consumado el hecho como autor. Este último punto de vista, sin embargo, debe conducir a la impunidad de aquél por no poder ser un autor idóneo.

Dado que la imputación recíproca en la coautoría no tiene lugar de acuerdo con las reglas de la accesoriedad, el enjuiciamiento jurídico de las aportaciones individuales puede diferir en la medida en que se mantenga la unidad del acontecimiento en el marco de la resolución delictiva común (RG 12, 8 [11])[8].

Ejemplos: La coautoría en la estafa no se excluye por el hecho de que uno de los intervinientes actúe en interés propio y otro de ellos lo haga en interés ajeno (RG 59, 104 [107]). Un coautor puede ser responsable de robo y otro de hurto. El asesinato y el homicidio pueden ser cometidos en coautoría (BGH 36, 231, con comentario aprobatorio de *Timpe*, JZ 1990, pág. 97). Una de las aportaciones al hecho puede ser activa y otra ser cometida por omisión; así sucede, por ejemplo, cuando sobre la base de una resolución delictiva común el vigilante nocturno omite el aseguramiento del edificio cuya vigilancia tiene encomendada, de modo que los ladrones tienen libre acceso al mismo. Sin embargo, aquí será mejor admitir una complicidad omisiva porque el dominio del hecho sobre el robo únicamente reside en los coautores del mismo. Por el contrario, existe un exceso que sólo fundamenta la autoría única cuando uno de los coautores va más allá de las lesiones corporales acordadas matando dolosamente a la víctima (RG 44, 321 [324]; además, 57, 307; 67, 367 [369]).

3. Los *límites de la coautoría* se derivan de su carácter de autoría y de la resolución delictiva común.

---

[7] De acuerdo, *Baumann*, JuS 1963, págs. 126 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 25 núm. 8; *Jakobs*, Allg. Teil 21/45; *Küper*, Versuchsbeginn pág. 40; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 49 núm. 40; *Puppe*, NStZ 1991, pág. 124; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 89; mostrando sus dudas *Eser*, Strafrecht II núm. 39 A núm. 14; *Lackner*, § 25 núm. 17. Disienten *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 508; *Herzberg*, Täterschaft pág. 63; *Spendel*, JuS 1969, pág. 314; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 178; *Roxin*, JA 1979, págs. 519 ss.; *Rudolphi*, Bockelmann-Festschrift pág. 380; *Seelmann*, JuS 1980, pág. 572; *Schröder*, JR 1958, pág. 428; *Scheffler*, JuS 1992, págs. 922 ss.

[8] Vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 282; *Dreher/Tröndle*, § 25 núm. 5; *Lackner*, § 25 núm. 16; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 513; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 828.

a) De acuerdo con ello, **no existe la coautoría en los delitos imprudentes** pues en ellos está ausente una *resolución* delictiva[9]. Cuando varios cooperan de forma imprudente cada uno de los intervinientes es autor accesorio en la medida en que concurra sobre su persona todos los requisitos de la imprudencia; aquí no tiene lugar una imputación recíproca de las aportaciones (vid. *infra* § 63 II 3)[10].

b) Dado que la coautoría se manifiesta como una forma de autoría, sólo puede ser coautor quien, también en relación con las demás aportaciones al hecho, tiene la cualidad de **autor idóneo**[11]. Por ello no existe la coautoría en los delitos de propia mano sin la propia intervención en la comisión de la acción típica (OGH 1, 303 [304] relativa a la usurpación de funciones públicas; RG 61, 199 [201] sobre falso testimonio; incorrecta es la RG 71, 350 [353]) y mucho menos en los delitos especiales propios si no se posee la cualidad necesaria (RG 42, 382, en relación con el cohecho). Además, tampoco se plantea la coautoría cuando el tipo presupone en el autor un determinado elemento jurídico que no concurre en los otros intervinientes, tal y como sucede con la titularidad de la custodia en el delito de apropiación indebida (RG 59, 79 [81]; BGH 2, 317 [318]), con la voluntad de disponer de la dádiva para fines propios en el cohecho (BGH 14, 123 [127]), con el hecho de estar personalmente involucrado en el accidente en relación con el delito de alejamiento del lugar del siniestro (BGH 15, 1 [3]) o con el interés propio en el tráfico de sustancias estupefacientes (BGH NJW 1986, pág. 2584). Los gerentes de una empresa están obligados conjuntamente a cumplir con su deber de ordenar la retirada del mercado de un producto comercializado que es dañino para la salud (BGH 37, 106 [114 ss.]). En cambio, puede ser coautor de una evasión de impuestos quien no es sujeto pasivo del tributo (BGH NStZ 1986, pág. 463). También los elementos subjetivos del tipo como, por ejemplo,

---

[9] Así, BGH VRS 18, 415 (421 ss.); *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 527 ss.; *Bindokat,* JZ 1979, pág. 434; *Dreher/Tröndle,* § 25 núm. 10; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 337; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 221; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 49 núm. 107; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 25 núm. 101; *SK (Samson)* § 25 núms. 54, 41.

[10] Así, acertadamente, *Murmann,* Nebentäterschaft págs. 237 ss.; *Dreher/Tröndle,* § 25 núm. 11. Por el contrario, se muestran a favor de la posibilidad de una coautoría imprudente *Berolzheimer,* Teilnahme pág. 49; *Exner,* Frank-Festgabe Tomo I pág. 572; *Frank,* § 47 comentario núm. III; *Kohlrausch/Lange,* § 47 comentario núm. III; *Mezger,* Moderne Wege pág. 32; *Zimmerl,* Lehre vom Tatbestand pág. 107; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 515; *Otto,* Jura 1990, pág. 47. También a favor de la coautoría imprudente la BGE 113 (1987) IV 58 (Suiza).

[11] Es doctrina unánime; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 528; *Blei,* Allg. Teil pág. 275; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 189 ss.; *Dreher/Tröndle,* § 25 núm. 6; *Lackner,* § 25 núm. 9; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 168; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 25 núm. 81; *SK (Samson)* § 25 núm. 49; *Wessels,* Allg. Teil núm. 530.

la intención de apropiación en el hurto y el robo o el ánimo de beneficiarse en la receptación, deben concurrir en todo interviniente que deba ser considerado como coautor (BGH NJW 1987, pág. 77; GA 1986, pág. 417; StV 1989, pág. 250; NStZ 1994, 29 [30]; OLG Hamburg MDR 1975, pág. 772).

c) Pero la responsabilidad penal común de los coautores sólo llega hasta donde alcanza la resolución delictiva común. Las acciones de cada coautor que vayan más allá de ésta **(exceso)** sólo pueden perjudicar como autor único a quien las ejecuta (BGH 35, 231 [234])[12].

Ejemplos: Un coautor mata a la víctima a pesar de que sólo fueron acordadas unas lesiones corporales (RG 44, 321 [324]), utiliza un cuchillo (§ 223a[13]) para llevar a cabo las lesiones corporales que sólo debían tener lugar con una pelea a puñetazos (RG 67, 367 [369]). Fueron objeto de apropiación indebida bienes distintos de los que se pactaron (RG 57, 307). Un coautor comete un robo a pesar de que sólo fue planificada una coacción (BGH GA 1968, pág. 121). Con ocasión de un robo un coautor mata a una víctima que sólo debió haber sido narcotizada (BGH NJW 1973, pág. 377).

Tampoco benefician a ninguno de los intervinientes las desviaciones inesenciales que tienen lugar en el curso causal. El exceso durante la ejecución del hecho puede ser acogido tácitamente por la resolución delictiva común (BGH *Dallinger* MDR 1971, pág. 545).

Todos los coautores se responsabilizan por aquellas acciones individuales con las que ya se había contado como, por ejemplo, las ejecutadas ante la resistencia de la víctima (BGH GA 1985, pág. 270).

En los delitos cualificados por el resultado la agravación de la pena sólo afecta a aquellos intervinientes que por sí mismos hayan obrado imprudentemente en relación con la consecuencia más grave (§ 18)[14].

II. La resolución delictiva común

1. El **componente subjetivo necesario** de la coautoría es **la resolución delictiva común**. La imputación recíproca de las distintas aportaciones sólo está justificada por este elemento. No es suficiente con un acuerdo unilateral sino

---

[12] Es doctrina unánime; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 541; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 190 ss.; *Dreher/Tröndle,* § 25 núm. 8a; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 175; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 49 núm. 58; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 25 núm. 93; *SK (Samson)* § 25 núm. 51; *Wessels,* Allg. Teil núm. 531.

[13] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 I núm. 2 (N del T).

[14] Vid. *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 49 núm. 61; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 176; *Jakobs,* Allg. Teil 21/46; *Oehler,* GA 1954, pág. 37; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 18 núm. 7.

que "todos deben intervenir mediante una cooperación consciente y voluntaria" (RG 8, 42 [44]; BGH 6, 248 [249]). En el concierto de voluntades debe fijarse la división de funciones a desarrollar a través de la cual debe ser alcanzado el resultado proyectado que, de este modo, no debe ser sino consecuencia del esfuerzo común (BGH 24, 286 [288]). Además, la división de funciones trae por consecuencia que la responsabilidad por la ejecución del hecho pese sobre todos los intervinientes[15].

No obstante, el acuerdo también puede producirse tácitamente o mediante un actuar concluyente (RG 49, 239 [241]; OGH 2, 352 [355]; BGH 37, 289 [292] con comentario crítico de *Puppe*, NStZ 1991, pág. 571). Los autores ni siquiera necesitan conocerse recíprocamente "en la medida en que cada uno sea consciente de que con él colaboran una o más personas y éstas posean la misma consciencia" (RG 58, 279)[16].

2. Por regla general el acuerdo entre los coautores se produce *antes* del comienzo del hecho *(complot)*. Pero un coautor también puede incorporarse al hecho *durante* su ejecución y con anterioridad a su terminación (vid. *supra* § 49 III 3) (BGH GA 1969, pág. 214; GA 1986, pág. 229)[17] (especialmente en relación con la terminación BGH 2, 344 [345]; BGH GA 1966, pág. 210; JZ 1981, pág. 596 con comentario crítico de *Küper*, JZ 1981, pág. 568; BGH 39, 260 [279])[18], responsabilizándose entonces por las contribuciones realizadas por los otros intervinientes en la medida en que estén comprendidas por el acuerdo posterior de éstos y siempre que haya promovido o, como mínimo, asegurado la realización del tipo (BGH *Dallinger* MDR 1975, págs. 365 ss., BGH NStZ 1985, pág. 215; BGH StV 1985, pág. 145; OLG Köln JR 1980, 422 [423] con comentario de *Beulke*). Sin embargo, las acciones que fundamentan un delito autónomo y que ya han sido concluidas en el momento en que tiene lugar la incorporación no

---

[15] Vid. *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 49 núm. 47; *Kühl*, Allg. Teil § 20 núm. 104; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 173; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núms. 70 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 70 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 107.

[16] Por el contrario, *Jakobs*, Allg. Teil 21/43, sustituye incorrectamente la resolución conjunta por una "resolución de adaptación" de carácter unilateral. *Lesch*, ZStW 105 (1993) pág. 292, pretende incluso desplazar el elemento subjetivo propio de la coautoría por una imputación objetiva. Asimismo, *Derksen*, GA 1993, págs. 163 ss. En contra, con acierto, *Küpper*, ZStW 105 (1993) págs. 295 ss.

[17] *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 192; *Schönke/Schröde/Eser*, nota preliminar núm. 10 antes del § 22; *Lackner*, § 25 núm. 10; *Kühl*, Allg. Teil § 20 núm. 126.

[18] Al respecto vid., críticamente, *Gössel*, Jescheck-Festschrift Tomo I págs. 537 ss., con consecuencias restrictivas págs. 552 ss.; además, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 540; *Furtner*, JR 1960, pág. 367; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 49 núm. 76; *Dreher/Tröndle*, § 25 núm. 9; *Kühl*, JuS 1982, págs. 189 ss.

perjudican a los coautores que se adhieren con posterioridad (BGH *Dallinger* MDR 1969, pág. 533) (*coautoría sucesiva*)[19].

Ejemplo: En el atraco a una gasolinera también es coautor de las lesiones corporales (no planificadas) de la víctima quien, sin tomar parte en ello, permanece en el lugar del hecho proporcionando así un efecto psíquico promotor de tales lesiones (BGH GA 1986, pág. 229).

3. Concurre la **autoría accesoria** cuando varias personas provocan conjuntamente el resultado típico sin estar vinculadas por una resolución delictiva común[20]. Esta modalidad es poco habitual en los delitos dolosos pero sí aparece con frecuencia en la *imprudencia* porque la cooperación negligente entre varias personas constituye una manifestación cotidiana del delito; aquí, sin embargo, no se plantea una coautoría (vid. *supra* § 63 I 3a).

Ejemplos: Dos cazadores furtivos disparan, independientemente uno del otro, al guarda forestal (RG 8, 42 [44]). Mediante aportaciones individuales al hecho y sin acuerdo previo, madre e hija matan al marido y padrastro (BGH NJW 1966, pág. 1823). Como cierre a una reunión para jugar a los bolos A y B, por iniciativa de X, organizan una competición a tres de motocicletas en la que X, que se encontraba embriagado, pierde la vida. Tanto A como B son aquí responsables por un homicidio imprudente por aceptar la invitación a la competición procedente de una persona ebria (BGH 7, 112). Lo mismo rige para el cliente y el tabernero cuando éste sigue dando de beber a quien se encuentra ya en una situación de incapacidad para conducir, provocando un accidente mortal en el viaje de regreso a casa (BGH 4, 20 [21]); la misma solución es aplicable para el caso en el que un accidente es imputable a la falta de atención de dos conductores (BGH VRS 28, 202; BayObLG NJW 1960, pág. 1964).

También el *aprovechamiento de un comportamiento imprudente* por parte de una persona plenamente responsable da lugar a la autoría accesoria de un hecho doloso.

El concepto de autoría accesoria sólo tiene sentido como denominación comprensiva de todas las formas de manifestación del delito que vienen a ser el contra-

---

[19] Acertadamente, en contra de la autoría sucesiva cuando el que se incorpora no ha colaborado por sí mismo en las aportaciones al hecho ya realizadas por los otros intervinientes, *Eser*, Strafrecht II núm. 40 A núm. 20; *Herzberg*, Täterschaft pág. 153; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 195; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 289 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 510; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 818 ss.; *SK (Samson)* § 25 núm. 48; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 91; *Wessels*, Allg. Teil núm. 527.

[20] Vid., más detalladamente, *Murmann*, Nebentäterschaft págs. 140 ss.; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 525; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núms. 222 ss.; *Fincke*, GA 1975, págs. 164 ss. (con exposición de los grupos de casos); *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 49 núms. 80 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 830 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 100; *Wessels*, Allg. Teil núm. 525; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 517.

punto de la coautoría. Dogmáticamente no posee un valor autónomo, pues tan sólo se trata de la concurrencia casual de varios casos de autoría única[21]. El problema de la autoría accesoria reside en la causalidad de las distintas contribuciones que se dirigen a la provocación del resultado común (vid. *supra* § 28 II 5)[22].

III. La ejecución conjunta del hecho

1. Según el § 25 II la coautoría exige la ejecución conjunta del hecho. Todo interviniente que deba ser considerado coautor debe, por tanto, prestar una **aportación objetiva al hecho**. De acuerdo con la **teoría del dominio del hecho** todos los coautores deben concurrir al ejercicio del mismo *(dominio funcional del hecho)*. En todo caso, este requisito está siempre presente cuando cualquiera de los intervinientes, sobre la base de la resolución delictiva común, realiza de propia mano y de forma plenamente responsable un elemento del tipo (vid. *supra* § 61 V 2). Sin embargo, ninguno de ellos necesita cumplir sólo con su persona todos los elementos del tipo pues a cada uno de los intervinientes, sobre la base y en el marco de la resolución delictiva común, le son imputadas las aportaciones de los otros como si se tratara de su propia acción. De ello se sigue que en los *delitos de varios actos* (vid. *supra* § 26 II 5) la realización de *una* parte del hecho es suficiente para la aceptación de la coautoría[23].

Ejemplo: Son coautores de una violación (§ 177) si uno de los sujetos emplea la violencia mientras que el otro lleva a cabo la relación sexual (BGH 27, 205 [206]; BGH NStZ 1985, pág. 70).

Sin embargo, el dominio del hecho no está limitado a la comisión de propia mano de una acción típica. El curso del plan conjunto puede, más bien, hacer necesaria o finalmente apropiada una *división de roles* que también asigne a los intervinientes contribuciones al hecho que se encuentran fuera del tipo legal y que la ejecución del hecho dependa de la cooperación fijada de esta manera (vid. *supra* § 61 V 3b)[24]. Sin embargo, se exige como mínimo una aportación favorecedora del hecho (BGH NStZ 1985, pág. 165). En todo caso, no es imprescindible la presencia personal en el lugar de comisión del delito (RG 54, 152 [153]; OLG

[21] Igualmente, *Fincke*, GA 1975, pág. 176; *SK (Samson)* § 25 núm. 56.

[22] Vid. *Kion*, JuS 1967, pág. 499.

[23] Vid. *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 65.

[24] Vid. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 277 ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 47 comentario I 1; *Lackner*, § 25 núm. 11; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 182; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 823; *Welzel*, Lehrbuch págs. 110 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 509; *SK (Samson)* § 25 núm. 47; *Wessels*, Allg. Teil núm. 529.

Düsseldorf MDR 1963, pág. 521). Es coautor quien toma parte del dominio del hecho sobre la base de la resolución delictiva común; la manifestación de que sólo quería ser "cómplice" no afecta para nada a ello (de otra opinión, RG 74, 84; BGH 18, 87).

Ejemplos: El atraco a un banco se lleva a cabo de forma que uno de los intervinientes espera en el coche con el motor encendido, otro desconecta el dispositivo de alarma, un tercero asegura la salida, un cuarto apunta al personal de caja con la pistola y un quinto recoge velozmente el botín. Todos son coautores de acuerdo con los §§ 25 II, 250 I núm. 1, a pesar de que sólo el cuarto y el quinto realizan un elemento del tipo. Sin embargo, es cómplice quien sólo como conductor coopera en un robo a cambio de una cantidad fija de dinero (BGH StV 1983, pág. 50) o quien transporta la droga desde el extranjero sin colaborar ni en su introducción ni en su distribución (BGH JZ 1985, pág. 100). Vid. también la RG 55, 60, relativa a un caso de ejecución conjunta de un allanamiento de morada.

Problemática y discutida es la cuestión de cuál es la importancia que debe poseer la aportación al hecho del coautor. Ante todo, el dominio del hecho presupone que la contribución del coautor favorece el hecho (BGH NStZ 1985, pág. 165). Sin embargo, las típicas acciones de apoyo como el suministro de armas o de instrumentos para el robo no son suficientes, puesto que con ellas no se determina suficientemente el "si" y el "cómo" de la ejecución del hecho; ello sucede también, aún más si cabe, con la colaboración que tiene lugar en el estadio preparatorio del delito[25]. Pero el dominio del hecho también puede ya concurrir cuando el interviniente, por ejemplo, sólo se muestra activo en el estadio previo del suceso real a través del desarrollo del plan delictivo y de la organización del curso del hecho (vid. BGH 35, 50 [53]; BGH NStZ 1982, pág. 27)[26]. De ahí que la coautoría no se restrinja a una cooperación en el estadio de la tentativa o de la consumación de la infracción[27].

---

[25] De otra opinión, sin embargo, *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 292 ss.; *Gallas*, Materialien Tomo I pág. 113; *Gimbernat Ordeig*, ZStW 80 (1968) pág. 928; *Herzberg*, Täterschaft pág. 66; *el mismo*, JZ 1991, pág. 856; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 181; *Rudolphi*, Bockelmann-Festschrift pág. 369; *Bloy*, Beteiligungsform págs. 196 ss.; también *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 509; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 824. En el sentido aquí defendido se pronuncia la jurisprudencia de un modo constante (BGH 11, 268 [272]; 14, 123 [128]; 16, 12 [14]; 28, 346 [348]; 37, 289 [292] con comentario crítico de *Roxin*, JR 1991, pág. 206; BGH NJW 1951, pág. 410; NStZ 1984, pág. 413; OLG Köln JR 1980, pág. 422 y *SK (Samson)* § 25 núm. 47.

[26] Así, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 49 núm. 35; *Jakobs*, Allg. Teil 21/52; *Welzel*, Lehrbuch págs. 110 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 824; en cambio, *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft pág. 299, exige una dirección o aseguramiento en el lugar del hecho o, por lo menos, una conexión durante la ejecución del delito; vid. también *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 183.

[27] Así también *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 531 ss., 536; *Dreher/Tröndle*, § 25 núm. 7;

2. De acuerdo con las **teorías subjetivas de la participación**, que son seguidas sobre todo por la jurisprudencia, para la aceptación de la coautoría es ya suficiente con que un interviniente con voluntad de autor aporte *cualquier* contribución causal al hecho, aunque ésta se trate meramente de una actuación de planificación, preparación, inducción o de apoyo (vid. *supra* § 63 I 1b).

Para la fundamentación de la extensión de la corresponsabilidad por autoría a personas que por sí mismas sólo han desarrollado su actividad en el estadio previo o en la frontera del tipo, se recurre al argumento de que la coautoría hay que entenderla como un *caso especial de autoría mediata*. Dado que cualquier aportación al hecho se imputa a cada uno de los intervinientes como un hecho propio no resulta determinante cuál haya sido la propia actuación típica (RG 63, 101 [103]; 66, 236 [240]; 71, 23 [24])[28]. Este argumento, sin embargo, no resulta convincente pues en la coautoría falta precisamente el dominio del hecho único característico de la autoría mediata[29].

IV. Tentativa y omisión en la coautoría

1. A consecuencia de la imputación inmediata de las aportaciones de los intervinientes, concurre ya la **coautoría en un delito intentado** cuando uno de los sujetos, en el marco de la resolución delictiva común, pone en marcha la realización del tipo (§ 22) (la denominada *solución global*). También aquí la coautoría presupone que los otros intervinientes han asumido sus aportaciones al hecho de conformidad con la división de funciones determinada en la resolución delictiva común, que habrían concurrido al dominio del hecho y que habrían contribuido a completar la acción cometida en grado de tentativa[30].

Jakobs, Allg. Teil 21/50; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 49 núms. 30, 36; *LK (9.ª) (Busch)* § 47 núms. 20 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 25 núm. 66.

[28] Vid. *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar núm. I C antes del § 47.

[29] Vid. al respecto *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter págs. 100 ss.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft pág. 276.

[30] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritiaria; vid. *Baumann*, JuS 1963, págs. 86 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 22 núm. 18; *Jakobs*, Allg. Teil 21/61; *Otto*, JA 1980, pág. 646; *Küper*, Versuchsbeginn pág. 69; *LK (11.ª) (Vogler)* § 22 núms. 88 ss.; *Küpper*, GA 1986, págs. 446 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 20 núm. 123; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 49 núm. 100; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 616; *Schönk/Schröder/Eser*, § 22 núm. 55; *Stoffers*, MDR 1989, pág. 213; *SK (Samson)* § 25 núm. 55; *Welzel*, Lehrbuch pág. 191; *Wessels*, Allg. Teil núm. 611. La posición contraria la defiende *Schilling*, Verbrechensversuch pág. 104, quien sólo admite la tentativa para cada coautor con el comienzo de su propia aportación al hecho (la denominada *solución individual*); asimismo, *Rudolphi*, Bockelmann-Festschrift págs. 383 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform págs. 264 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 199; *SK (Rudolphi)* § 22 núm. 19a; *Stein*, Beteiligungsformenlehre pág. 318; *Valdágua*, ZStW 98 (1986) págs. 870 ss. (con una profunda fundamentación).

Ejemplo: Un coautor debía llevar a cabo la falsedad documental y otro introducirla en el tráfico jurídico. Cuando el primero de ellos comienza a realizar la falsificación el segundo es ya también responsable por una tentativa de falsificación documental (§ 267) (RG 58, 279). Para un coautor que está situado dentro del país sólo comienza la tentativa de introducción ilícita de sustancias estupefacientes cuando otros dos se encuentran "cerca de la frontera o del lugar de control al que se dirigen" (BGH 36, 249 [251]). Cuando un robo debe comenzar con la llamada al timbre de la puerta de la casa de la víctima, tal acción sólo se convierte en tentativa cuando el coautor que llama actúa ya con la voluntad de iniciar la ejecución del delito (BGH NJW 1993, pág. 2251). Vid. BGH 40, 299 (301 ss.); además, BGH NJW 1980, pág. 1759 y NStZ 1981, pág. 99.

Acerca del *desistimiento de la tentativa* en la coautoría vid. *supra* § 51 VI 3.

2. También se plantea la coautoría en los **delitos de omisión**[31]. La coautoría se acepta de este modo cuando uno de los intervinientes realiza una aportación al hecho mediante un hacer positivo, mientras que otro omite evitarla en contra de su deber de garante (OGH 3, 1 [4]; BGH NJW 1966, pág. 1763) (vid. *supra* § 60 III 1). Pero en este caso lo que mejor se corresponde con la teoría del dominio del hecho es considerar al omitente como cómplice porque el que omite, por regla general, se encuentra en una posición subordinada (BGH NStZ 1985, pág. 24; BayObLG VRS 60, 188 [189]) (vid. *infra* § 64 III 5). Coautoría es, por el contrario, la omisión de impedir el resultado frente a un deber jurídico de actuar que corresponde conjuntamente a varias personas (RG 66, 71: el padre y la madre omiten en común el cuidado del hijo extramatrimonial recién nacido; BGH 37, 106 [129] con comentario de *Puppe*, JR 1992, pág. 30 [relativo a la causalidad]: varios gestores de una sociedad de responsabilidad limitada omiten conjuntamente el deber de retirar del mercado un producto lesivo para la salud)[32]. Sin embargo, aquí no necesita en absoluto tener lugar la imputación recíproca de las aportaciones al hecho característica de la autoría, puesto que como garante cada autor de la omisión es desde luego responsable por la totalidad del resultado. El caso verdadero de coautoría sólo existe cuando el deber conjunto de actuar sólo puede ser cumplido en común (por ejemplo, la declaración del impuesto sobre la renta o la retirada del producto lesivo para la salud)[33].

---

[31] *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft págs. 469 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 215; *Dreher/Tröndle*, § 25 núm. 7a; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 49 núm. 87. Profundizando sobre todo ello *Sowada*, Jura 1986, págs. 399 ss.

[32] Disienten parcialmente *Dreher/Tröndle*, § 25 núm. 7a; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 49 núm. 90; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 206 (desde el punto de vista de la teoría de los delitos de infracción de deber todo garante es autor); *Busse*, Unterlassungsdelikte págs. 312 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1067 ss.

[33] La posibilidad de una "coautoría omisiva" es negada por *Grünwald*, GA 1959, pág. 111; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 189; *Welzel*, Lehrbuch pág. 206, sobre la base de que

V. La punición de la coautoría

De acuerdo con la Ley penal que le corresponda, **cada coautor** será **castigado como autor** (§ 25 II). El hecho de que uno de los intervinientes sea un enfermo mental no afecta a la punibilidad de los otros coautores, pues aquí también rige la regla de que cada uno es castigado de acuerdo con su propia culpabilidad (§ 29)[34]. Las causas personales de agravación o atenuación de la pena sólo son imputables a aquellos intervinientes en que concurran (§ 28 II), sin que por ello sea cuestionada la relación de coautoría que les une (en unas lesiones corporales peligrosas realizadas conjuntamente por un funcionario y un sujeto no cualificado, el primero habrá de ser castigado por el § 340 y el segundo por vía del § 223 a[35])[36]. También la inducción y la complicidad pueden ser cometidas conjuntamente (RG 71, 23) siendo entonces punibles, respectivamente, de acuerdo con el § 26 y § 27 II[37].

§ 64 Inducción y complicidad

Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, pág. 113; *Baumann,* Nichthinderung einer Selbsttötung, JZ 1987, pág. 131; *Bemmann,* Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, pág. 817; *el mismo,* Die Umstimmung des Tatentschlossenen usw., Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 273; *el mismo,* Die Objektsverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 397; *Bindokat,* Fahrlässige Beihilfe, JZ 1986, pág. 421; *Bohne,* Kuppelei, Festgabe für R. v. Frank, Tomo II, 1930, pág. 440; *Bringewat,* Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung, ZStW 87 (1975) pág. 801; *Bruns,* Anmerkung zu BGH 26, 53, JR 1975, pág. 510; *el mismo,* Zur Frage der Folgen tatprovozierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel, StV 1984, pág. 388; *el mismo,* Über die Unterschreitung der Schuldrahmengrenze usw., MDR 1987, pág. 177; *Claß,* Die Kausalität der Beihilfe, Festschrift für U. Stock, 1966, pág. 115; *Coenders,* Über die objektive Natur der Beihilfe, ZStW 46 (1925) pág. 1; *Cramer,* Anmerkung zu BGH 19, 339, JZ 1965, pág. 31; *Dreher,* Kausalität der Beihilfe, MDR 1972, pág. 553; *el mismo,* Der Paragraph mit dem Januskopf, Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 307; *Engisch,* Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, Festschrift für H. v. Weber, 1963, pág. 247; *Esser,* Die Bedeutung des

---

no existe un dolo de omitir. En contra, con razón, *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 49 núm. 92; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft págs. 469 ss.; *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 215.

[34] Así, *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 705.

[35] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 (N del T).

[36] Vid. *Baumann,* JuS 1963, pág. 86; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 49 núm. 112; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 827 ss.

[37] Vid. *LK (11.ª)(Roxin)* § 25 núm. 172.

Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem, GA 1958, 321; *Freudenthal,* Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Strafr. Abh. Heft 37, 1901; *Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *Gallas,* Anmerkung zu RG 71, 193, ZAK 1937, pág. 438; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 8, 137, JR 1956, pág. 226; *Geilen,* Suizid und Mitverantwortung, JZ 1974, pág. 145; *Gössel,* Dogmatische Überlegungen zur Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt usw., Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 219; *Gropp,* Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992; *Grünwald,* Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, pág. 110; *el mismo,* Der praktische Fall, JuS 1965, pág. 311; *Hanack/Sasse,* Zur Anwendung des § 56 StGB auf den Teilnehmer, DRiZ 1954, pág. 216; *Heilborn,* Der agent provocateur, 1901; *Herzberg,* Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, pág. 1; *el mismo,* Zum strafrechtlichen Schutz des Selbstmordgefährdeten, JZ 1986, pág. 1021; *el mismo,* Anstiftung zur unbestimmten Haupttat — BGHSt 34, 63, JuS 1987, pág. 617; *Hillenkamp,* Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *el mismo,* Anmerkung zu OLG Celle vom 13.1.1987, JR 1987, pág. 254; *Hirsch,* Zur Problematik des erfolgsqualifizierten Delikts, GA 1972, pág. 65; *Hruschka,* Alternativfeststeilung zwischen Anstiftung und sog-psychischer Beihilfe, JR 1983, pág. 177; *Ingelfinger,* Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit, 1992; *Isenbeck,* Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW 1965, pág. 2326; *Joerden,* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs usw., 1988; *Armin Kaufmann,* Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968) pág. 34; *Keller,* Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989; *Kielwein,* Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, pág. 223; *Kohlrausch,* Anmerkung zu RG 72, 373, ZAK 1939, pág. 245; *Kratzsch,* Recht — mit zwelerlei Maß? JR 1975, pág. 102; *Krümpelmann,* Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW Beiheft Budapest, 1978, pág. 6; *Kühl,* Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974; *Küper,* Der "agent provocateur" im Strafrecht, GA 1974, pág. 321; *el mismo,* Sukzessive Tatbeteiligung vor und nach Raubvollendung, JuS 1986, pág. 862; *Küpper,* Anmerkung zu BGH 37, 214, JR 1992, pág. 294; *Lange,* Die notwendige Teilnahme, 1940; *el mismo,* Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs-und Wirtschaftsverbrechen, JR 1949, pág. 165; *Leß,* Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 69 (1957) pág. 43; *Loewenstein,* Error in obiecto und aberratio ictus, JuS 1966, pág. 314; *Lüderssen,* Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967; *el mismo,* Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation? Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 349; *el mismo,* Die V-Leute-Problematik usw., Jura 1985, pág. 113; *de Maglie,* L'agente provocatore, 1991; *Martín,* Beihilfe zur Anstiftung, DRiZ 1955, 290; *Maurach,* Beihilfe zum Meineid durch Unterlassung, DStr 1944, pág. 1; *el mismo,* Zur neueren Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, SJZ 1949, pág. 541; *D. Meyer,* Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung, Diss. Hamburg 1973; *el mismo,* Zum Problem der Kettenanstiftung, JuS 1973, pág. 755; *el mismo,* Anstiftung durch Unterlassen? MDR 1975, pág. 982; *J. Meyer,* Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergleichender Sicht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1311; *M.-K. Meyer,* Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA 1979, pág. 252; *Montenbruck,* Abwei-

chung der Teilnehmervorsteilung von der verwirklichten Tat, ZStW 84 (1972) pág. 323; *Müller-Dietz/Backmann,* Der praktische Fall, JuS 1971, pág. 412; *Nagler,* Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903; *el mismo,* Die Neuordnung der Strafbarkeit von Versuch und Beihilfe, GS 115 (1941) pág. 24; *Oehler,* Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm, GA 1954, pág. 33; *Ostendorf/Meyer-Seitz,* Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockspitzeleinsatzes, StV 1985, pág. 73; *Otto,* Straflose Teilnahme, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 197; *el mismo,* Anstiftung und Beihilfe, JuS 1982, pág. 557; *Plate,* Zur Strafbarkeit des agent provoca teur, ZStW 84 (1972) pág. 294; *Puppe,* Der Erfolg und seine kausale Erklärung, ZStW pág. 363; *la misma,* Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983) pág. 286; *la misma,* Objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, pág. 101; *la misma,* Anmerkung zu BGH 37, 214, NSTZ 1991, pág. 124; *Ranft,* Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung (1982) pág. 815; *el mismo,* Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung, ZStW 97 (1985) pág. 268; *Rengier,* Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 1986; *Rogall,* Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten, GA 1979, pág. 11; *Roxin,* Über den Tatentschluß, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 145; *el mismo,* Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung, JA 1979, pág. 169; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 34, 63, JZ 1986, pág. 906; *el mismo,* Zum Strafgrund der Teilnahme, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 369; *Roxin/Schünemann/Haffke,* Strafrechtliche Klausurenlehre, 4.ª ed. 1982; *Rudolphi,* Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 51; *el mismo,* Anmerkung zu BGH vom 17.5.1982, StV 1982, pág. 518; *el mismo,* Die zeitilchen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo I, 1985, pág. 559; *Salomon,* Vollendete und versuchte Beihilfe, Diss. Göttingen 1968; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *el mismo,* Die Kausalität der Beihilfe, Festschrift für K. Peters, 1974, pág. 121 ss.; *Sax,* Über Rechtsbegriffe, Festschrift für H. Nottarp, 1961, pág. 133; *el mismo,* Zur Problematik des "Teilnehmerdelikts", ZStW 90 (1978) pág. 927; *Schaffstein,* Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, ZStW 57 (1938) pág. 295; *el mismo,* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht usw., Festschrift für R. Honig, 1970, pág. 169; *Scheffler,* Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen seitens des Angeklagten, GA 1993, pág. 341; *Schmidhäuser,* Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord usw., Festschrift für H. Welzel, 1974, pág. 801; *Schreiber,* Grundfälle zu "error in obiecto" und "aberratio ictus" im Strafrecht, JuS 1985, pág. 873; *Schulz,* Die Bestrafung des Ratgebers, 1980; *el mismo,* Anstiftung oder Beihilfe, Jus 1986, 933; *Schumann,* Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung, 1986; *el mismo,* Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten? JZ 1986, pág. 66; *el mismo,* Die "Rechtswidrige" Haupttat als Gegenstand des Teilnahmevorsatzes, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 383; *Schünemann,* Der polizeiliche Lockspitzel, StV 1985, pág. 424; *Schwarzburg,* Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der polizeilichen Provokation, 1991; *Schwznd,* Grundfälle der "Kettenteilnahme", MDR 1969,

pág. 13; *Seebald,* Teilnahme am erfolgsqualifizierten und am fahrlässigen Delikt, GA 1964, pág. 161; *Sieber,* Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der "passiven" Gesprächsteilnahme, JZ 1983, pág. 431; *Sippel,* Zur Strafbarkeit der "Kettenanstiftung", 1989; *Sommer,* Verselbständigte Beihilfehandlungen usw., JR 1986, pág. 485; *el mismo,* Das tatbestandslose Tatverhalten des agent provocateur, JR 1986, pág. 485; *Sowada,* Die "notwendige Teilnahme" als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992; *Spendel,* Beihilfe und Kausalität, Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 167; *Stoffers,* Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht, Jura 1993, pág. 11; *Stork,* Anstiftung eines Tatentschlossenen zu einer vom ursprünglichen Tatplan abweichenden Tat, Diss. Münster 1969; *Stratenwerth,* Der agent provocateur, MDR 1953, pág. 717; *el mismo,* Objektsirrtum und Tatbeteiligung, Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 57; *Stree,* Bestimmung eines Tatentschlossenen zur Tatänderung, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 277; *el mismo,* Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei, JuS 1976, pág. 137; *Tiedemann/Sieber,* Die Verwertung des Wissens von V-Leuten im Strafverfahren, NJW 1984, pág. 753; *Trechsel,* Der Strafgrund der Teilnahme, 1967; *Vogler,* Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe usw., Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 295; *Weßlau,* Der Exzeß des Angestifteten, ZStW 104 (1992) pág. 105; *Widmaier,* Der mißverständliche Bestechungsversuch, JuS 1970, pág. 242; *G. Wolf,* Anmerkung zu BayObLG vom 27.3.1991, JR 1992, pág. 428; *Wolter,* Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung, JuS 1982, pág. 343; *Ziege,* Die Bedeutung des § 56 StGB für Anstiftung und Beihilfe, NJW 1954, pág. 179; *Zöller,* Die notwendige Teilnahme, Diss. Bonn 1970.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes de §§ 61-63

I. El fundamento de la pena en la participación

La inducción y la complicidad son frente a la autoría causas de extensión de la pena (vid. *supra* § 61 III 1). Por ello la punibilidad de ambas formas de participación requiere una *fundamentación* especial. Del fundamento de la pena de la participación se deduce cómo han de delimitarse frente a la autoría y al ámbito de lo impune los conceptos de la inducción y de la complicidad.

1. De acuerdo con la antigua **teoría de la participación en la culpabilidad**[1] el partícipe es castigado porque ha conducido al autor a la culpabilidad y, además, porque ha colaborado en el delito ("peccat in se et alium peccare facit")[2]. Esta teoría ya no es defendible porque contradice al § 29 que admite la participación en un hecho inculpa-

[1] Acerca de la historia dogmática vid. *Lange,* Notwendige Teilnahme págs. 36 ss.

[2] Así, *Kohlrausch,* Bumke-Festschrift pág. 48; *Leß,* ZStW 69 (1957) pág. 47; *H. Mayer,* Lehrbuch págs. 318 ss.; *el mismo,* Rittler-Festschrift págs. 254 ss.; *el mismo,* Grundriß pág. 155; *Nagler,* Teilnahme am Sonderverbrechen pág. 142; *Schaffstein,* ZStW 57 (1938) pág. 323.

ble[3]. Ciertamente, los casos de participación en el hecho cometido por un inculpable son poco frecuentes en la praxis pues en la mayoría de los casos existirá autoría mediata. Pero también en los casos normales la *medida* de la culpabilidad del partícipe es completamente independiente de la del autor, algo que desde luego habla en contra de la teoría de la participación en la culpabilidad[4].

2. Actualmente es dominante la **teoría del favorecimiento (o de la causación)** que se orienta a la accesoriedad de la participación[5]. Según ella el fundamento de la pena de la participación reside en que el partícipe ocasiona una acción típica y antijurídica por medio de la determinación del dolo del hecho o a través del apoyo psíquico o material, así como en la propia actuación culpable del

---

[3] *H. Mayer*, Grudriß págs. 155 ss., aplica por ello en los casos de participación en un hecho principal inculpable la "teoría del autor", aunque a través del § 50 en su redacción anterior (actual § 29) no debería precisamente fundamentarse la punibilidad de la autoría. Una modificación de la teoría de la culpabilidad desarrollada para el Derecho suizo y alemán es realizada por *Trechsel*, Strafgrund págs. 32, 54 ss., por medio de la teoría de la "desintegración social" en la que es colocado el autor por el inductor; en cambio, como fundamento de la complicidad se alega sólo la aportación causal al hecho principal (pág. 107). Sin embargo, también esta teoría fracasa en el actual Derecho positivo pues para el castigo del inductor el § 26 sólo atiende al delito del autor y no a si, y en qué medida, a este último le ha cambiado la vida por las consecuencias del delito (lo mismo sucede por lo demás con el art. 24 del StGB suizo); vid. al respecto *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núm. 11 antes del § 26; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 19 antes del § 25.

[4] Así, acertadamente, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 853; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 5 antes del § 26; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 19 antes del § 25.

[5] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 553 ss.; *Bockelmann*, Untersuchungen págs. 93 ss.; *Esser*, GA 1958, pág. 333; *Heinitz*, Berliner Festschrift zum 41. DJT pág. 101; *Lange*, JR 1949, pág. 168; *Kohlrausch/Lange*, § 48 comentario núm. III; *Maurach/Gösse/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núm. 57; *Baumann*, JuS 1963, pág. 136; *Frisch*, Lexikon 8/1620 pág. 9; *Rudolphi*, GA 1970, pág. 365; *Preisendanz*, nota preliminar núm. 3 antes del § 25; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 22 antes del § 25; *Welzel*, Lehrbuch pág. 115; *Wessels*, Allg. Teil núm. 552. Esta teoría es aclarada por *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 858, por medio del énfasis sobre el carácter *no* autónomo de la aportación del partícipe a la realización del *injusto* típico por el autor *(teoría de la participación en el injusto)*. De modo similar *SK (Samson)* nota preliminar núms. 14 ss. antes del § 26; *Lackner*, nota preliminar núm. 8 antes del § 25; *Kühl*, Allg. Teil § 20 núm. 132; *Otto*, JuS 1982, pág. 558 ("ataque accesorio al bien jurídico"). De modo similar también *Jakobs*, Allg. Teil 22/6 (la causación del hecho principal es el injusto propio del partícipe). La teoría de la puesta en peligro de *Otto* Lange-Festschrift págs. 209 ss., no constituye realmente una desviación pues aquélla no es otra cosa que la causación de un peligro. La teoría de *Roxin*, Stree-Wessels-Festschrift págs. 369 ss. y *LK (11.ª) (Roxin)* nota preliminar núms. 2, 7 antes del § 26, supone un refinamiento de la teoría de la causación orientada a la culpabilidad, dado que atiende a que el partícipe *también* debe lesionar *un bien jurídico protegido frente a él*. Por el contrario, *Schumann*, Handlungsunrecht págs. 49 ss., recurre a la "solidaridad con el injusto ajeno", postura que desatiende el punto decisivo de que el propio partícipe contribuye a la comisión del injusto del hecho principal.

interviniente accesorio. De la teoría del favorecimiento se deriva que la voluntad del partícipe debe estar dirigida a la ejecución del hecho principal (RG 15, 315 [316]) y que para este último hay que exigir la presencia de dolo (BGH 9, 370 [382]; de otra opinión con anterioridad BGH 4, 355 [358]). Sólo esta teoría es compatible con la Ley puesto que deja claro que el partícipe no infringe por sí mismo la norma contenida en el tipo delictivo, sino que su injusto consiste en que interviene en la infracción de la norma del autor. El injusto del hecho del partícipe es dependiente del fundamento y medida del injusto del hecho principal (§§ 26, 27, 28). Acerca de la accesoriedad de la participación vid. en detalle *supra* § 61 VII.

3. En la doctrina han sido desarrolladas diferentes teorías que buscan determinar el fundamento de la pena de la participación sin recurrir a la accesoriedad frente al hecho principal. Y así, *Lüderssen*[6] acepta la existencia de tipos de participación autónomos desvinculados del injusto del hecho principal; este autor parte de que el partícipe no es hecho responsable por el favorecimiento de un hecho ajeno sino por su propio injusto típico. La dependencia de la punibilidad del partícipe de la existencia del hecho principal sería "de naturaleza meramente fáctica". De este modo se renuncia a la accesoriedad de la participación y, con ello, a la estructura de la inducción y la complicidad dirigida a los tipos de la Parte especial. Según ello también sería punible, por ejemplo, la participación en el suicidio; asimismo, la omisión en la prestación del deber de socorro por medio de un hacer positivo sería, incluso, participación en un delito de homicidio[7]. Esta teoría no es compatible con el Derecho vigente. La misma objeción se dirige contra la aceptación de un "*delito de partícipe*" autónomo no sólo en cuanto al tipo de la culpabilidad sino también en relación con el tipo del injusto, que únicamente por motivos de merecimiento de pena se hace depender de un hecho principal cometido[8]. Contra su propia concepción de las disposiciones de la participación como "tipos delictivos propios", alega *Herzberg*[9] posibles objeciones que son convincentes. En cualquier caso, la complicidad no puede ser entendida de acuerdo con la estructura de las disposiciones de la participación como un "delito de peligro abstracto"[10].

---

[6] *Lüderssen*, Strafgrund págs. 119 ss.

[7] Vid. *Lüderssen*, Strafgrund págs. 168, 192. Vid. en contra *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 20 antes del § 25.

[8] Así, *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 532 ss.; *Sax*, ZStW 90 (1978) págs. 927 ss.; *M.-K. Meyer*, GA 1979, págs. 252 ss. Vid. en contra *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núm. 56; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 11 antes del § 26.

[9] Vid. *Herzberg*, GA 1971, págs. 2, 8 ss.

[10] Acerca de la problemática de la participación en el suicidio BGH 24, 342; 32, 367 (371, 374); vid. al respecto *Geilen*, JZ 1974, págs. 145 ss.; *Spendel*, JuS 1974, págs. 749 ss.; *Schmidhäuser*, Welzel-Festschrift págs. 819 ss.; *Bringewat*, ZStW 87 (1975) págs. 623 ss.; *Gropp*, NStZ 1985, págs. 97 ss.; *Herzberg*, JZ 1986, pág. 1022; *Baumann*, JZ 1987, pág. 131.

II. La inducción

1. **Inducción** es la **determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico** (§ 26). El inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, pero no toma parte en el dominio del hecho mismo. De este modo se diferencia la inducción de la coautoría (vid. *supra* § 61 V 3b). Por el contrario, para la teoría subjetiva es sólo determinante que el inductor tenga voluntad de autor o de partícipe (vid. *supra* § 61 VI 2). La inducción es siempre el desarrollo de una *influencia psíquica* sobre el autor; la creación de una oportunidad favorable que haga caer al autor en la tentación no es suficiente para la admisión de una inducción[11].

2. La inducción exige el empleo de determinados **medios** que influyan **sobre la psique del autor principal** para conseguir la ejecución del hecho.

a) **Los medios de la inducción no están recogidos** en el § 26. Pero anteriormente la Ley ya manifestaba expresamente en el § 48 (en su redacción anterior) que con su indicación (regalos, promesas, amenazas, abuso de autoridad o de la violencia, provocación de un error) sólo se trataba de *ejemplos*, de modo que también se planteaban la expresión de un deseo (RG 36, 402 [405], de una pregunta (BGH GA 1980, pág. 183), de una indicación (BGH 34, 63) o de una petición (RG HRR 1942, pág. 741), la persuasión (RG 53, 189 [190]) o incluso una disuasión aparente; de este modo, la verdadera voluntad del inductor debía ser reconocible por su destinatario[12]. Básicamente, para la inducción son idóneos todos los medios en tanto que se trate de modos de influencia psíquica. La inducción también es imaginable en la forma de inducción a la inducción al hecho

[11] Así, *Frisch,* Tatbestandsmäßiges Verhalten págs. 333 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núms. 4, 15; *H. Mayer,* Lehrbuch pág. 321; *D. Meyer,* Das Erfordernis der Kollusion págs. 141 ss.; *el mismo,* MDR 1975, pág. 982; *Otto,* JuS 1982, pág. 560; *Rogall,* GA 1979, pág. 12; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 553; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 26 núm. 7; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 881; *Welzel,* Lehrbuch pág. 116; *Wessels,* Allg. Teil núm. 568; *Schumann,* Selbstverantwortung pág. 52; *Stein,* Beteiligungsformenlehre pág. 271. En contra, *Blei,* Allg. Teil pág. 285; *Bloy,* Beteiligungsform pág. 329; *Herzberg,* Täterschaft págs. 146 ss.; *Lackner,* § 26 núm. 2; *SK (Samson)* § 26 núm. 5; *Dreher/Tröndle,* § 26 núm. 3; *Preisendanz,* § 26 comentario núm. 4, quienes pretenden conformarse también con la creación de una situación atractiva. En relación con el "caso del ladrón" OLG Celle JR 1987, pág. 253, con comentario de *Hillenkamp,* así como OLG Düsseldorf NStZ 1992, pág. 237. Llendo demasiado lejos en la vinculación entre los intervinientes que no se exige en el § 26, *Puppe,* GA 1984, págs. 112 ss., quien exige para la inducción "una especie de pacto con el autor". De forma similar a *Puppe* también *Jakobs,* Allg. Teil 22/22 (resolución delictiva "dependiente de la voluntad del instigado")y *Schulz,* Ratgeber pág. 137 ("dominio del plan").

[12] Así, acertadamente, *Schumann,* Selbstverantwortung págs. 53 ss.

principal **(inducción en cadena)**[13]. El inductor que se encuentra en la cadena no necesita saber ni el número ni el nombre de los eslabones intermedios, así como tampoco del autor (BGH 6, 359 [361 ss.], 7, 234 [237]); basta con que posea una representación concreta del hecho principal. La inducción también puede ser cometida en forma de *coinducción*, de *inducción accesoria* (OLG Düsseldorf 1948, pág. 479) y de *inducción mediata*; en esta última el inductor no aparecen ante el autor sino que se sirve de un tercero como "instrumento" (BGH 8, 137 [139] con comentario de *Gallas*, JR 1956, pág. 225)[14].

b) El inductor debe actuar **dolosamente**, bastando para ello con el dolo eventual (RG 72, 26 [29]). La inducción imprudente no es como tal punible pero puede presentarse como una autoría imprudente. El inductor debe estar dirigido, por una parte, a la provocación de la resolución delictiva y, por otra, a la ejecución del hecho principal por el autor, incluidos los elementos subjetivos y la realización del resultado típico *(doble dolo)*. La concurrencia de un error de tipo en el inductor hace desaparecer su dolo mientras que, por el contrario, un error sobre la prohibición o sobre el tipo permisivo (vid. *supra* § 41 IV 1d) sólo afecta a la culpabilidad del inductor[15].

La doctrina mayoritaria acepta que el inductor debe aspirar a la *consumación* del hecho principal; si tan sólo quiere que el hecho alcance el estadio de la tentativa *(agent provocateur)* quedaría entonces impune (RG 15, 315 [317]; 44, 172 [174]; BGH GA 1975, pág. 333)[16]. Más allá se acepta incluso que tampoco hay que castigar por inducción

---

[13] Profundizando en ello *D. Meyer*, JuS 1973, págs. 755 ss.; además, *Eser*, Strafrecht II núm. 44 A núms. 3 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 26 núm. 9; *Sippel*, Kettenanstiftung pág. 82, quien con una posición restringida exige incorrectamente que el hombre de atrás deba estar en contacto con el autor.

[14] Vid. al respecto *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núm. 64; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 26 núm. 7; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 967; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 51 núm. 19.

[15] Vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 117; por el contrario, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 26 núm. 15 y *LK (11.ª)(Roxin)* § 26 núm. 66, aceptan asimismo un error de tipo cuando el inductor se equivoca en torno a la existencia de los presupuestos fácticos de la legítima defensa del lado del autor principal. También *Schumann*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 392, niega el dolo del inductor ante la concurrencia en éste de un error sobre el tipo permisivo.

[16] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 560 ss.; *Blei*, Allg. Teil pág. 284; *Dreher/Tröndle*, § 26 núm. 8; *Jakobs*, Allg. Teil 23/16; *Eser*, Strafrecht II núm. 43 A núm. 14; *Küper*, GA 1974, pág. 335; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 51 núm. 28; *Maaß*, Jura 1981, págs. 514 ss.; *Lackner*, § 26 núm. 4; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 555; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núms. 67 ss.; *Herzberg*, JuS 1983, pág. 737; *Rudolphi*, Maurach-Festschrift págs. 65 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 26 núm. 16; *Sommer*, JR 1986, págs. 485 ss.; *Welzel*, Lehrbuch pág. 117; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 889; *SK (Samson)* § 26 núm. 38; *Wessels*, Allg. Teil núm. 573. Por el contrario, a favor de la plena punibilidad del agente provocador *Heilborn*, Der agent provocateur págs. 85 ss.; *H.*

cuando, ciertamente, el agente provocador proyecta la comisión del hecho pero pretende evitar la lesión material del bien jurídico (por ejemplo, mediante la distribución de la droga vendida a los consumidores)[17]. Estos casos, considerados en sí mismos, se caracterizan por la concurrencia de una inducción de acuerdo con los principios de la accesoriedad puesto que el agente provocador da lugar conscientemente a la realización del delito (intentado o consumado). Únicamente por motivos político-criminales puede aquí renunciarse al castigo bajo el presupuesto de que el agente provocador ha neutralizado cuidadosamente cualquier peligro material para el bien jurídico típicamente protegido[18]. La jurisprudencia sostiene con carácter general la admisibilidad de la intervención de personas infiltradas y agentes provocadores como medio para la lucha contra manifestaciones graves de la criminalidad (por ejemplo, tráfico de drogas o de armas) que de otro modo serían difícilmente perseguibles (vid. BVerfGE 57, 250 [284]; BVerfGE NStZ 1991, 445; BGH 32, 115 [122]), especialmente si no actúan de forma masiva sobre personas que con anterioridad no estaban dispuestas a la comisión del delito (vid. BGH NStZ 1984, pág. 78). Pero incluso en estos casos el agente provocador es raramente perseguido; en cambio, a los sujetos provocados sólo les corresponde una atenuación de la pena que, sin embargo, puede conducir a la aplicación de una sanción por debajo de lo que resulta adecuado a su culpabilidad (BGH 32, 345 [355]; 33, 283; BGH NJW 1986, pág. 75; NJW 1986, pág. 1764; NStZ 1992, pág. 488)[19].

Mayer, Lehrbuch pág. 336 (con otra opinión, sobre la base de la teoría de la participación en la culpabilidad Grundriß pág. 163); *P. Merkel,* Frank-Festgabe Tomo II pág. 147; *Olshausen,* § 48 comentario núm. 13; *Keller,* Provokation von Straftaten págs. 165 ss.; anteriormente también *Stratenwerth,* MDR 1953, págs. 717 ss. (con referencias adicionales en notas a pie núms. 1 und 2). En Derecho extranjero el agente provocador es considerado mayoritariamente impune; vid. *Jescheck,* ZStW 99 (1987) págs. 134 ss.; *J. Meyer,* Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 132 ss.; *de Maglie,* L'agente provocatore, 1991.

[17] Así, *Schönke/Schröder/Cramer,* § 26 núm. 16; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 51 núm. 35; diferenciando según los casos *LK (11.ª)(Roxin)* § 26 núms. 70 ss.

[18] Así, *Plate,* ZStW 84 (1972) págs. 306 ss.; *Otto,* JuS 1982, pág. 561 nota a pie núm. 48; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 38 antes del § 26. En contra, sin embargo, *Herzberg,* GA 1971, pág. 12; *Küper,* GA 1974, pág. 333, especialmente en nota a pie núm. 81; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 891.

[19] Acerca de la cuestión extremadamente discutida de las consecuencias jurídicas para la punibilidad derivadas del empleo de personas encubiertas y agentes provocadores, así como del tratamiento procesal del provocado vid. *Bruns,* Stv 1984, pág. 388; *Lüderssen,* Jura 1985, pág. 113; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núms. 70 ss. (especialmente detallado); *J. Meyer,* Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1311; *Ostendorf/Meyer-Seitz,* StV 1985, pág. 73; *Schumann,* JZ 1986, pág. 66; *Tiedemann/Sieber,* NJW 1984, pág. 753; *Schünemann,* StV 1985, pág. 424; *Schwarzburg,* Polizeiliche Tatprovokation págs. 35 ss. (la no consumación por medio del "comportamiento neutralizador de la acción" que desarrolla el provocador). En contra de la atenuación de la pena adecuada a la culpabilidad (BGH NJW 1986, pág. 1764) acertadamente *Bruns,* MDR 1987, pág. 177; *Dreher/Tröndle,* § 26 núm. 8a. Admitiendo la existencia de un obstáculo procesal para su persecución vid. la sentencia del Strafgericht Basel-Stadt JZ 1986, pág. 100.

Además, el dolo del inductor ha de ser concreto, esto es, ha de estar dirigido a un *hecho determinado* y a un *autor determinado* en el que debe provocar el surgimiento de la resolución delictiva. La inducción queda excluida tan pronto como el círculo de personas al que se dirige la invitación deje de ser individualizable[20]. Por el contrario, no necesitan estar fijadas definitivamente circunstancias tales como el tiempo y lugar del delito e, incluso, la propia víctima y los detalles de la forma comisiva, pues a menudo estas cuestiones dependen de un desarrollo posterior (RG 34, 327 [328]). El dolo, no obstante, debe referirse a la ejecución de "un hecho concretado en sus elementos o rasgos esenciales (BGH 34, 63 [66] con comentario crítico de *Roxin*, JZ 1986, pág. 908)[21].

La invitación pública a la comisión de hechos punibles constituye un *tipo de recogida* (§ 111). La disposición entra en juego aún cuando la incitación no esté dirigida a personas concretas[22].

c) Finalmente, la acción del inductor debe hacer surgir la **resolución delictiva del autor principal**. Si este último se encuentran ya decidido a la perpetración del hecho (*omnimodo facturus*) se plantea solo la inducción intentada (§ 30 I) o la complicidad psíquica (RG 13, 121 [122]; 36, 402 [404]; 72, 373 [375]; BGH *Dallinger* MDR 1972, pág. 569)[23]. La "inclinación al hecho", no obstante, no constituye todavía una resolución firme por lo que la inducción en tal caso es todavía posible[24].

Quien determina a quien ya está decidido a cometer un robo a que emplee para la ejecución del mismo un arma (*circunstancia más grave*) no debe ser castigado por la parte adicional del hecho sino por inducción a un robo agravado (BGH 19, 339 [340] con comentario crítico de *Cramer*, JZ 1965, pág. 31). De acuerdo con el concepto básico de la inducción, por el contrario, debe ser aceptada la complicidad (psíquica) en el robo agravado en concurso ideal con la inducción a unas lesiones corporales[25]. Si en lugar de

---

[20] Vid. *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núms. 46 ss.; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz págs. 220 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 26 núms. 13 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 888.

[21] De acuerdo *Jakobs*, Allg. Teil 22/27; *Lackner*, § 26 núm. 5; *SK (Samson)* § 26 núm. 7; *Wessels*, Allg. Teil núm. 572. En contra, *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núms. 47 ss. (es suficiente con que estén determinadas las "dimensiones esenciales del injusto"); todavía de modo más indeterminado *Herzberg*, JuS 1987, pág. 618, quien atiende a si el hecho principal les "imputable objetivamente" al inductor (pág. 621).

[22] Vid. *Lackner*, § 111 núm. 1; de otra opinión, en embargo, *Dreher*, Gallas-Festschrift pág. 324.

[23] Vid. al respecto *Kohlrausch*, ZAK 1939, pág. 245; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 26 núm. 5; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núm. 17; *Letzgus*, Vorstufen págs. 32 ss.

[24] Más detalladamente sobre su delimitación *Roxin*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 154 ss.

[25] Igualmente, *Bemmann*, Gallas-Festschrift pág. 273; *Eser*, Strafrecht II núm. 43 A núm. 8;

a un delito cualificado el autor es determinado a cometer un hecho menos grave (por ejemplo, robo en lugar de robo con armas) (*abstiftung*) concurre por regla general una complicidad psíquica[26].

3. El **hecho al que se induce** debe ser **consumado** o, por lo menos, suponer una **tentativa** punible. Si el hecho principal no ha alcanzado siquiera dicho grado de ejecución imperfecta su punibilidad se limita al caso en el que debía haberse cometido un *delito grave* (§ 30 I). Además, el hecho del autor debe ser *doloso* (vid. *supra* § 61 VII 2). También es posible la inducción que realiza un sujeto no cualificado a la comisión de un delito especial propio[27]. En este caso, de acuerdo con el § 28 I, al inductor no se le impone en toda su extensión la pena que corresponde al autor del delito especial propio, sino que se le atenúa de conformidad con el § 49 I (vid. *supra* § 61 VII 4d).

4. El inductor responde hasta el punto en que coincidan su dolo y el hecho principal. Si, por el contrario, el autor hace más de lo que el inductor quería (**exceso**), entonces éste es sólo responsable hasta el límite de su dolo[28]. Hay que distinguir entre los casos en los que el autor comete *otro* hecho diverso al que fue determinado por el inductor (exceso *cualitativo*), de aquellos otros en los que el autor, en el marco del hecho al que ha sido instigado, hace *más* de lo proyectado por el inductor (exceso *cuantitativo*). Sin embargo, en los supuestos de desviación hay que tener en cuenta que los límites del dolo del inductor deben ser delimitados más ampliamente que los del dolo en la coautoría o en la autoría mediata. Y ello porque es algo característico a la esencia de la inducción que el instigador deje los detalles de la ejecución a criterio del autor[29].

Ejemplos: Quien induce a otro a cometer un robo no es responsable por el hecho si el autor, en lugar de ese delito, comete una violación. Existe, más bien, una inducción

---

Grünwald, JuS 1965, pág. 311 nota a pie núm. 32; *Letzgus,* Vorstufen pág. 33; *Schulz,* JuS 1986, págs. 935 ss.; *Puppe,* ZStW 92 (1980) pág. 887; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 26 núm. 6; *SK (Samson)* § 26 núm. 4; *Welzel,* Lehrbuch pág. 117. En la línea del BGH, no obstante, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 559 nota a pie núm. 20; *Dreher/Tröndle,* § 26 núm. 3; *Stree,* Heinitz-Festschrift págs. 291 ss.; *Lackner,* § 26 núm. 2; *Preisendanz,* § 26 comentario núm. 3c; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 51 núm. 11; *Otto,* JuS 1982, pág. 561; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núm. 39; *Wessels,* Allg. Teil núm. 571; *Stork,* Anstiftung eines Tatentschlossenen pág. 175.

[26] Vid. *LK (11.ª)(Roxin)* § 26 núms. 33 ss.

[27] Crítico al respecto *Langer,* Sonderverbrechen págs. 484 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 546 nota a pie núm. 25.

[28] Vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 565 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 51 núm. 44; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núm. 89; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 26 núm. 18.

[29] En torno a su sistematización vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 565 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 444 ss.; *Letzgus,* Vorstufen págs. 43 ss.; *Montenbruck,* ZStW 84 (1972) págs. 323 ss.

fracasada punible de acuerdo con los §§ 30 I, 249. Quien induce a otro a un hurto simple sólo debe ser castigado en virtud de los §§ 26, 242, si el inducido en vez de aquél comete un robo sin conocimiento del inductor (RG 67, 343). Quien induce a otro a cometer unas lesiones corporales es sólo responsable según los §§ 26, 223 ss., si el autor mata dolosamente a la víctima (BGH 2, 223 [225]; vid. también la BGH 11, 66). En cambio, no se tienen en cuenta en beneficio del inductor las desviaciones *inesenciales* que el hecho del autor presenta en relación con el dolo de aquél: la madre induce al hijo al homicidio conjunto del padrastro y, sin embargo, lo lleva a cabo sólo (RG 70, 293 [295]); el acusado quiere determinar al testigo a un falso testimonio activo y éste declara sin embargo no saber nada del tema (BGH LM § 154 StGB núm. 37).

El *error sobre el objeto de la acción* que, por regla general, es inesencial cuando tiene lugar del lado del autor (vid. *supra* § 29 V 6a), es también considerado irrelevante para el inductor por el Tribunal Supremo Federal en coincidencia con la sentencia del Tribunal Supremo Prusiano dictada en el caso Rose-Rosahl (GA 7 [1859] pág. 322), debido a que aquél ha hecho surgir el dolo del autor, circunstancia ésta que además impide tratarlo mejor que al inducido, incluso aunque la equivocación cometida se sitúe fuera de los límites de lo previsible de acuerdo con la experiencia humana general (BGH 37, 214)[30]. Sin embargo, de acuerdo con una opinión que va ganando terreno, lo correcto es aceptar la existencia en beneficio del inductor de un curso del hecho que no resulta abarcado por el dolo de éste[31] [31]. Dado que el dolo del inductor también debe comprender el resultado del hecho principal, el error del autor sobre el objeto de su acción despliega sus efectos hacia el inductor como una aberratio ictus (vid. *supra* § 29 V 6c). De ahí que el inductor sólo pueda ser castigado por una inducción inten-

[30] Igualmente, *Backmann,* JuS 1971, pág. 119; *Dreher/Tröndle,* § 26 núm. 15; *Kohlrausch/Lange,* § 48 comentario núm. VII; *Loewenheim,* JuS 1966, pág. 314; *LK (9.ª) (Busch)* § 48 núm. 22; *Maurach/GösselZipf,* Allg. Teil II § 51 núm. 57; *Puppe,* NStZ 1991, pág. 124; *Küpper,* JR 1992, pág. 294; *Bemmann,* Stree-Wessels-Festschrift págs. 397 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 26 núm. 19; *Welzel,* Lehrbuch págs. 75, 117; *Müller-Dietz/Backmann,* JuS 1971, pág. 416; *Weßlau,* ZStW 104 (1992) págs. 130 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 479.

[31] Así, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 568; *Binding,* Normen Tomo III pág. 213; *Bemrnann,* MDR 1958, págs. 817 ss.; *Blei,* Allg. Teil pág. 285; *Eser,* Strafrecht II núm. 43 A núm. 21; *Hillenkamp,* Vorsatzkonkretisierungen págs. 63 ss.; *Letzgus,* Vorstufen págs. 55 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núms. 92 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 20 núm. 209; *Krümpelmann,* ZStW Beiheft Budapest 1978 págs. 23 ss.; *Otto,* Grundkurs pág. 294; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft pág. 215; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 561; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 287; *el mismo,* Baumann-Festschrift págs. 66 ss.; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 40 antes del § 26. Una solución diversa habría que dar al caso del poema de Schillers "La marcha hacia el martillo de hierro", pues aquí el error sobre la individualización de la víctima tiene lugar en el inductor mismo.

tada al asesinato según los §§ 30 I, 211[32], posiblemente en concurso ideal con la autoría imprudente de la muerte (vid., asimismo, en relación con la autoría mediata *supra* § 62 III 2).

En los *delitos cualificados por el resultado* el inductor sólo se responsabiliza por la consecuencia más grave en la medida en que al menos le resulte imputable a título de imprudencia (§ 18). El hecho del inductor se presenta en estos casos como una inducción dolosa al tipo básico y una autoría accesoria imprudente en relación con el resultado cualificado (BGH 2, 223 [225]; 19, 339 [341 ss.] con comentario aprobatorio de *Cramer*, JZ 1965, pág. 32)[33]. Este resultado se apoya en los § 11 II y § 18, que introducen expresamente a la participación.

5. El **inductor** es **castigado** de acuerdo con la norma aplicable al hecho principal (§ 26), en la medida en que no concurran desviaciones en atención a la presencia de elementos personales especiales (§ 28 I, II). Esto rige también cuando el delito del autor no ha ido más allá de la tentativa. El Código penal se ha atenido acertadamente al principio de la equiparación de la pena con el autor, rechazando así la atenuación facultativa de la pena prevista en el § 28 II AE[34], con el argumento de que el inductor da el impulso al hecho y, a menudo, es su fuerza motriz (BT-Drucksache V/4095 pág. 13). De acuerdo con ello, en el caso concreto la pena del inductor puede ser más grave que la del autor, como sucede cuando aquél, a diferencia del autor, divisa plenamente el contenido de injusto del hecho. De este modo no existe ningún motivo político-criminal para extraer

---

[32] En cambio, a favor de una inducción al delito cometido en grado de tentativa *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 561; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 287; *el mismo,* Baumann-Festschrift págs. 66 ss.; *Puppe,* NStZ 1991, pág. 124; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 40 antes del § 26. Sin embargo, la ejecución sobre un objeto erróneo no es por regla general una tentativa dirigida al objeto correcto.

[33] Asimismo, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 556; *Eser,* Strafrecht II núm. 43 A núm. 23; *Jakobs,* Allg. Teil 22/29; *Hirsch,* GA 1972, pág. 76; *AK (Paeffgen)* § 18 núm. 129; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 26 núm. 17; *SK (Rudolphi)* § 18 núm. 6; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 563 (concurrencia de participación dolosa e imprudente); *Welzel,* Lehrbuch pág. 122; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núms. 99 ss.; *Rengier,* Erfolgsqualifizierte Delikte págs. 249 ss. Disienten *Oehler,* GA 1954, pág. 38 (quien sólo acepta la autoría en relación con el tipo cualificado por el resultado); *Hanack/Sasse,* DRiZ 1954, pág. 217 y *Ziege,* NJW 1954, pág. 179 (quien exige el dolo eventual del partícipe); *Seebald,* GA 1964, págs. 165 ss. (quien acepta la participación en un delito imprudente cualificado). Asimismo, *Gössel,* Lange-Festschrift pág. 236, porque sostiene que todas las combinaciones entre dolo e imprudencia son delitos imprudentes.

[34] Vid. *Gallas,* ZStW 80 (1968) pág. 32; crítico al respecto *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 892; *Jakobs,* Allg. Teil 22/31; *Armin Kaufmann,* ZStW 80 (1968) pág. 37; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núm. 15.

de la inducción los casos más graves y reconducirlos a través de la figura del "autor detrás del autor"[35].

6. Una *inducción por omisión* no es jurídicamente posible[36]. El inductor debe hacer surgir la resolución de la acción del autor por vía de la influencia psíquica; mediante la inactividad lo único que se puede hacer es no evitar su nacimiento autónomo, circunstancia ésta que no alcanza a fundamentar el injusto de acción de la inducción.

III. La complicidad

1. **Complicidad** es el **apoyo doloso a otra persona en el hecho antijurídico doloso cometido por ésta** (§ 27 I). El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno; al igual que el inductor tampoco toma parte en el dominio del hecho; el autor ni siquiera necesita saber de su aportación convertida en auxilio (la denominada complicidad clandestina). En este punto se diferencia la complicidad de la coautoría pues esta última presupone el dominio funcional del hecho sobre la base de una resolución delictiva común (vid. *supra* § 63 I 1a). Por el contrario, para la teoría subjetiva la distinción sólo reside en "la actitud interna y la dirección de la voluntad del interviniente" (vid. *supra* § 63 I 1b).

2. Del mismo modo que la inducción, la complicidad presupone una **vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice**.

a) El § 27 I habla sólo de **"prestar ayuda"** y no menciona los medios de la complicidad que anteriormente fueron descritos mediante los "consejos" y los "hechos". A pesar de ello, se tendrá que diferenciar como hasta ahora entre complicidad intelectual (psíquica) y técnica (física)[37]. Los medios de la complicidad son ilimitados de forma que se presenta como complicidad *cualquier* favorecimiento doloso del hecho doloso ajeno (BayObLG NJW 1984, pág. 1366: suministro de material para las emisiones de una estación emisora clandestina). La complicidad

---

[35] Así, sin embargo, *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter pág. 204.

[36] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 562; *Busse*, Unterlassungsdelikte pág. 139; *Grünwald*, GA 1959, pág. 122; *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte pág. 292; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 321; *D. Meyer*, MDR 1975, pág. 982; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft pág. 484; *LK (11.ª) (Roxin)* § 26 núms. 61 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 26 núm. 7. De otra opinión, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 51 núm. 17; *Lackner*, § 26 núm. 3; *LK (9.ª) (Busch)* § 48 núm. 14; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 707; *Joerden*, Strukturen págs. 118 ss.

[37] Vid. *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27 núm. 12; *SK (Samson)* § 27 núm. 11; *Lackner*, § 27 núm. 4.

puede consistir también en que alguien realice un elemento del tipo penal (si, por ejemplo, fracasa la coautoría ante la ausencia de una resolución delictiva común). La complicidad sólo está excluida cuando se realizan de propia mano *todos* los elementos del tipo, interviniéndose de forma plenamente responsable (vid. *supra* § 61 V 2). En particular, la complicidad psíquica puede prestarse mediante un reforzamiento de la voluntad delictiva del autor. Entre otros casos se plantea cuando fracasa el auxilio material verdaderamente planificado por el cómplice (el autor no hace uso de la herramienta suministrada pero se siente reforzado en su resolución delictiva por la oferta de ayuda)[38].

Ejemplos: El amigo entrega al autor instrumentos para el robo "ante cualquier eventualidad" que, sin embargo, éste no usa porque encuentra la puerta sin cerrar (vid. el caso mencionado en la RG 58, 113 [115 ss.]; además, RG 38, 156). La amante le promete al parricida casarse con él si mata a su esposa (RG 73, 52 [53]). La promesa hecha con anterioridad de dar salida a los anillos sustraídos constituye una complicidad en el robo (BGH 8, 390 [391]). Una vendedora refuerza la resolución delictiva de un compañero de trabajo que va a realizar un robo nocturno en el almacén, mediante la promesa de proporcionarle una coartada usando su tarjeta de abono para el tranvía (BGH NJW 1951, pág. 451). Alguien grita al implicado en un accidente que siga conduciendo cuando éste ya estaba alejándose del lugar del siniestro (BGH VRS 23, 209). Un abogado refuerza el dolo de su cliente con su presencia en la conversación entre éste y la víctima después de haberse dado cuenta de que aquél proyectaba una extorsión (BGH JZ 1983, pág. 462 con comentario de *Rudolphi*, StV 1982, págs. 518 ss.[39]; BGHR StGB § 27 I Unterlassen 3, 5). El mero hecho de "permanecer allí" no es sin embargo suficiente (BGH NStZ 1993, pág. 385).

b) También el **espacio temporal de la complicidad** está ampliamente delimitado. El apoyo no necesita ser prestado en la realización de un elemento del tipo, sino que puede referirse sencillamente a una *acción preparatoria* en la medida en que, como mínimo, el hecho haya sido intentado de forma punible (RG 61, 360 [362]: comunicación de la dirección de quien se dedica a practicar abortos; RG 71, 193: complicidad a través de la omisión de apagar un incendio provocado; RG

[38] Asimismo, *LK (11.ª) (Roxin)* § 27 núms. 10 ss.; *Otto*, JuS 1982, pág. 564. Fuertemente restrictivo, sin embargo, *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe págs. 189 ss.; *SK (Samson)* § 27 núm. 15 (no existe complicidad psíquica a través del simple afianzamiento de la resolución del autor); también a favor de la impunidad de la complicidad psíquica llevada a cabo mediante el reforzamiento de la resolución delictiva *Hruschka*, JR 1983, págs. 178 ss. Subrayando las dificultades de prueba *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 899.

[39] De acuerdo, *Sieber*, JZ 1983, pág. 437. En contra de la aceptación de complicidad psíquica por la simple presencia en el lugar del hecho *Stoffers*, Jura 1993, pág. 15.

DR 1941, 987: complicidad por medio de la entrega de una declaración jurada falsa a un examinado para ayudarle en la parte escrita de la prueba). La complicidad, además, como también sucede con la coautoría, no solo es posible hasta la consumación formal del hecho principal sino que su admisibilidad alcanza incluso hasta su *terminación* material (RG 23, 292; BGH 6, 248 [251]; 19, 323 [325]; BGH NJW 1985, pág. 814; JZ 1989, pág. 759) (vid. *supra* § 49 III 3)[40].

Ejemplos: Tras el incendio de una casa la complicidad es todavía posible si el dolo del autor se extiende también a la quema de toda la granja (RG 71, 193 [194]; OGH 3, 1 [3]). La complicidad en el robo por medio del empleo de la violencia contra el dueño puede todavía ser prestada cuando los ladrones se han dado ya a la fuga (BGH 6, 248 [251]). Negar la posesión de un bien objeto de contrabando que se oculta temporalmente es complicidad en ese delito (OLG Köln NJW 1956, pág. 154). El suministro de pequeños aparatos receptores a particulares es complicidad en el establecimiento de una emisora no autorizada (OLG Frankfurt NJW 1971, pág. 1622). Puede todavía ser prestada la complicidad en el alejamiento no permitido del lugar del accidente en la medida en que el autor todavía no se haya puesto definitivamente a salvo (BayObLG JZ 1981, pág. 241).

c) Resulta dudoso lo que haya de entenderse por **prestación objetiva de auxilio** para el hecho principal. En la inducción queda claro cuál es la aportación objetiva que la Ley presupone del lado del inductor: debe determinar al autor a la comisión del delito. Sin embargo, el concepto de prestación de auxilio no dice nada acerca de qué requisitos debe cumplir la complicidad para satisfacer las exigencias del § 27. La cuestión es dudosa y discutida[41]. Lo único seguro es que la mera *complicidad intentada* no es punible porque la punibilidad de la misma que se introdujo en el año 1943 para delitos graves (§ 49a III en su redacción anterior) ha sido completamente derogada por la 3. StÄG de 1953 (vid. Drucksache I/3713 pág. 31).

---

[40] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 573; *Blei,* Allg. Teil pág. 287; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 198; *Dreher/Tröndle,* § 27 núm. 3; *Lackner,* § 27 núm. 3; *Küper,* JuS 1986, pág. 862; *LK (9.ª) (Busch)* § 49 núm. 21; *Otto,* JuS 1982, pág. 565; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft pág. 291; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 27 núms. 13, 17; *Wessels,* Allg. Teil núm. 583; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 567 ss. Rechazando básicamente la posibilidad de la complicidad tras la consumación del hecho principal, *Gallas,* ZAK 1937, pág. 439; *Sax,* Nottarp-Festschrift pág. 137 nota a pie núm. 11; *Herzberg,* Täterschaft págs. 71 ss.; *Roxin/Schünemann/Haffke,* Strafrechtliche Klausurenlehre págs. 232 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 27 núm. 35; *Rudolphi,* Jescheck-Festschrift Tomo I pág. 576; *Jakobs,* Allg. Teil 22/40 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 39 núms. 11, 40. Diferenciando según los casos *Kühl,* Die Beendigung págs. 94 ss.; *el mismo,* Allg. Teil § 20 núms. 235 ss.; *SK (Samson)* § 27 núms. 1 ss.

[41] Vid. las detalladas exposiciones de *Dreher,* MDR 1972, págs. 553 ss.; *Letzgus,* Vorstufen págs. 71 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 27 núms. 23 ss.; *SK (Samson)* § 27 núms. 5 ss.

De acuerdo con la **jurisprudencia** es suficiente con que la acción del autor que realiza el tipo haya sido *favorecida* en cualquier momento anterior a su terminación por medio de la prestación de auxilio, aunque con ésta no se haya contribuido causalmente al resultado del hecho principal (RG 6, 169; 11, 63; 58, 113 [114 ss.]; 67, 191 [193]; 71, 176 [178]; 73, 153 [154]; RG DR 1941, 978; BGH 8, 390 [3911; BGH VRS 8, 199 [201]; BGH *Dallinger* MDR 1972, pág. 16; BGH NStZ 1985, 318; StV 1982, pág. 516; OGH 1, 321 [330]; 2, 23 [44]; BayObLG 1959, 132 [138]; OLG Freiburg JZ 1951, pág. 85; OLG Hamburg JR 1953, pág. 27; OLG Karlsruhe NStZ 1985, pág. 78)[42]. Yendo demasiado lejos la jurisprudencia también ha considerado como favorecimiento del hecho principal los casos en los que el instrumento suministrado por el cómplice no ha sido usado por el autor, incluso cuando no fue comprobado expresamente un reforzamiento de la resolución delictiva (complicidad psíquica) (RG 6, 169; 58, 113 [114 ss.]; BGH *Dallinger* MDR 1972, pág. 16).

En la literatura penal se exige mayoritariamente que la aportación del cómplice sea causal para el resultado provocado por el autor (o, en su caso, para la ejecución del hecho concreto)[43]. Sin embargo, el "favorecimiento" del hecho y la "causación" del resultado del mismo apenas pueden distinguirse materialmente[44]. Dado que en la complicidad no pueden ser tenidas en cuenta hipotéticas "causas en reserva"[45], en el suministro de una ganzúa que el ladrón no utiliza no sólo no existe una causación del robo sino que tan ni siquiera concurre un favorecimiento del hecho concreto cometido por el autor. En este sentido, pues, las concepciones de la jurisprudencia y de la doctrina mayoritaria se diferencian más en la forma de expresarse que en su sustancia. Otra comprensión material de la complicidad ha sido también desarrollada por autores que ven en ella un delito de peligro abstracto[46] o concreto[47].

---

[42] De acuerdo, *Blei*, Allg. Teil págs. 288 ss.; *Preisendanz*, § 27 comentario 3d; *Wessels*, Allg. Teil núm. 582; también *Claß*, Stock-Festschrift pág. 126, con la teoría de la "causalidad reforzada".

[43] Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 572; *Bloy*, Beteiligungsform pág. 289; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 197; *Dreher*, MDR 1953, págs. 553 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 27 núm. 2; *Eser*, Strafrecht II núm. 45 A núm. 7; *Jakobs*, Allg. Teil 22/34; *Lackner*, § 27 núm. 2; *Letzgus*, Vorstufen pág. 74; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 52 núm. 19; *LK (11.ª)(Roxin)* § 27 núm. 5; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 569 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27 núm. 10; *SK (Samson)* § 27 núms. 9 ss.; *Samson*, Peters-Festschrift pág. 130; *Spendel*, Dreher-Festschrift págs. 185 ss.; *Welzel*, Allg. Teil pág. 119.

[44] Así, acertadamente, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 197; *LK (11.ª) (Mezger)* § 49 comentario núm. 2; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe pág. 55.

[45] En este sentido, con razón, *Puppe*, ZStW 95 (1983) pág. 292.

[46] Así, *Herzberg*, GA 1971, pág. 7.

[47] Así, *Salomon*, Beihilfe págs. 134 ss.; *Schaffstein*, Honig-Festschrift pág. 184; *Otto*, Lange-Festschrift pág. 210; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 899. También *Vogler*, Heinitz-Festschrift pág.

Lo correcto es **acogerse** al requisito de la **causalidad de la complicidad** (así, también, BGH 14, 280 [282]). Si se quisiera comprender ésta como un mero delito de peligro se pasa por encima del Derecho vigente, pues de acuerdo con tal concepción la complicidad extrae su contenido de injusto de la cocausación del hecho principal, se la transforma en un delito de partícipe autónomo de acuerdo con el modelo del encubrimiento (§ 257) y, en fin, se castiga también la simple tentativa de complicidad. Sin embargo, es suficiente para la causalidad de la complicidad que ésta haya posibilitado, facilitado, incrementado o intensificado el hecho principal[48]. Se está en correspondencia con este planteamiento cuando, a través del concepto de "*incremento del riesgo*" se caracteriza a la complicidad sólo como una forma mediata del favorecimiento causal del hecho principal[49]. Esto significa que en los casos en los que el cómplice ha suministrado una herramienta que no ha sido utilizada para la ejecución del delito (RG 58, 113), únicamente puede ser aceptada la existencia de una complicidad bajo el punto de vista del apoyo psíquico al autor[50]. No puede ponerse en duda que también puede ser *causal* para el hecho un auxilio *psíquico* en el sentido de su facilitación o favorecimiento[51], sólo que aquí tampoco se puede preguntar por la causalidad en el sentido de la fórmula de la conditio sine qua non, esto es, la de si el hecho no hubiera acaecido ante la ausencia de la acción de complicidad (vid. BGH JZ 1983, pág. 462; BGH VRS 59, pág. 185; OLG Freiburg JZ 1951, pág. 85)[52]. Sólo a través de esta relajación del requisito de la causalidad pueden subsumirse los casos de complicidad psíquica bajo el § 27. De otra forma se pierde el criterio seguro para la respuesta a la pregunta de si una aportación concreta ha "favorecido" el hecho principal. Aquí se deberá atender rigurosamente al curso concreto del hecho y

311, pretenden conformarse con la "aptitud general de la cooperación para la lesión del bien jurídico a través del hecho principal" (delito de peligro abstracto-concreto). En contra, con razón, *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe págs. 202 ss.; *el mismo*, Peters-Festschrift págs. 123 ss.; *LK (11.ª)(Roxin)* § 27 núms. 27 ss. Por su parte, *Schumann*, Handlungsunrecht págs. 57 ss., exige la "solidarización" del cómplice con el autor.

[48] *Samson*, Peters-Festschrift pág. 132; *SK (Samson)* § 27 núm. 10; *Wessels*, Allg. Teil núm. 582. En el mismo sentido *Claß*, Stock-Festschrift pág. 126, habla de "causalidad de fluidez o de reforzamiento"; igualmente, *Dreher*, MDR 1972, pág. 555. Con ello se soluciona también el caso de la obstrucción del hecho principal que no se tiene en cuenta de acuerdo con los principios de la imputación objetiva (vid. *supra* § 28 IV 1). Naturalmente, tampoco la eliminación de las consecuencias de un delito constituye complicidad de ningún tipo (OLG Düsseldorf JZ 1985, pág. 590).

[49] Así, *LK (11.ª)(Roxin)* § 27 núm. 5.

[50] Vid. *Bockelmann*, DR 1941, págs. 987 ss.; *Spendel*, Dreher-Festschrift pág. 186.

[51] Vid. *Engisch*, v. Weber-Festschrift pág. 269.

[52] Vid. *Claß*, Stock-Festschrift págs. 121 ss.; además, *Coenders*, ZStW 46 (1925) págs. 3 ss.

cuestionarse si en él se encuentra la aportación correspondiente como elemento necesario; no resulta decisiva la importancia abstracta de la acción de auxilio.

Ejemplo: A alcanza una lata de agua mineral fría al ladrón agotado que intenta alcanzar la caja fuerte para que este modo recupere nuevas energías; B cuida de un automóvil para la fuga que finalmente no utiliza el autor: A es cómplice y B no (para este último se plantea, en todo caso, la complicidad psíquica).

También pueden constituir complicidad acciones "neutrales" como la venta de un destornillador en una ferretería si el vendedor sabe exactamente que la herramienta será utilizada lo más pronto posible para la comisión de un robo con fuerza. Lo mismo rige para la venta de tabletas de "Valium" cuando el farmacéutico es consciente de que las usará como veneno mortal[53]. En estos supuestos sólo es aceptable la complicidad si la adquisición del comprador, como circunstancia conocida por el vendedor, sólo posee el sentido de cometer el delito lo antes posible y usarla como medio para ello[54].

d) Finalmente, el cómplice debe actuar **dolosamente**. La complicidad imprudente no es punible como tal pero puede constituir autoría imprudente[55]. Respecto a la clase de dolo, como sucede con la inducción, es suficiente con el dolo eventual (RG 72, 20 [24]; BGH 2, 279 [281]; BGH *Holtz* MDR 1981, pág. 808). El dolo del cómplice debe referirse tanto a la ejecución del hecho principal mismo como también a su favorecimiento por lo que, también aquí como en la inducción, el *dolo* debe ser *doble* (BGH 3, 65; BGH NStZ 1985, pág. 318)[56]. En relación con el error de tipo y de prohibición del cómplice rige lo ya dicho en torno a la inducción (vid. *supra* § 64 II 2 b). También el dolo del cómplice debe referirse a un hecho principal típicamente determinado (RG 59, 245 [246]; BGHR StGB § 27 I, Vorsatz 6), aunque en las acciones de apoyo que tienen lugar en el estadio preparatorio no necesita estar todavía determinada la persona del autor (RG 11, 87 [88]; 31, 35 [37]; BGH GA 1981, pág. 133; NJW 1982, 2453 [2454]; BayObLG JR 1992, pág. 427, con comentario crítico de *G. Wolf*). Para el dolo del cómplice no es necesaria la aprobación personal del hecho principal (BGH *Holtz* MDR 1985, pág. 284 y MDR 1989, pág. 305; OLG Karlsruhe GA 1971, pág. 281).

---

[53] A favor de la impunidad, por el contrario, *Jakobs*, Allg. Teil 24/13 ss.; *Schumann*, Selbstverantwortung págs. 56 ss.; *Schumann*, Selbstverantwortung págs. 56 ss.; *Frisch*, Tatbestandmäßiges Verhalten págs. 295 ss.

[54] Así, con acierto, *LK (11.ª)(Roxin)* § 27 núm. 17.

[55] Al respecto *Bindokat*, JZ 1986, págs. 421 ss.

[56] Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 574; *Eser*, Strafrecht II núm. 46 A núm. 2; *Frank*, § 49 comentario II; *Letzgus*, Vorstufen pág. 66; *LK (11.ª)(Roxin)* § 27 núm. 45; *Lackner*, § 27 núm. 7.

Del mismo modo que en la inducción la doctrina mayoritaria también exige para la complicidad que el dolo deba estar dirigido a la *consumación* del hecho principal (BGH *Dallinger* MDR 1973, pág. 554). Quien sólo quiere que el hecho alcance el grado de la tentativa o quien sabe desde un principio que no puede alcanzar la consumación (tentativa inidónea) no es punible por complicidad (RG 15, 315 [317]; 17, 377; 60, 23; BGH StV 1981, pág. 549)[57]. El farmacéutico, por ejemplo, que conscientemente da a la embarazada un medio inidóneo para el aborto para que de este modo aquélla reflexione con el tiempo, no comete ninguna complicidad en una tentativa de aborto. En cambio, si el cómplice coloca conscientemente en peligro el bien jurídico protegido y cuenta con su lesión, entonces debe ser aceptada la existencia de una participación punible en una tentativa.

3. El **hecho para el que se presta la ayuda** debe ser **consumado** o, al menos, haber quedado en una **tentativa** punible. La complicidad fracasada es todavía punible en el quebrantamiento de condena (§ 120 II) y en la receptación (§ 259) (BGH 26, 358; 27, 45)[58]. De acuerdo con el § 27 II el hecho principal debe ser cometido dolosamente (vid. *supra* § 61 VII 2). La complicidad en un hecho imprudente no es punible como tal pero puede presentarse como autoría mediata (vid. *supra* § 62 II 2). En relación con la complicidad en los delitos especiales propios rige lo dicho con ocasión de la inducción (vid. *supra* § 64 II 3). Tampoco el cómplice es responsable por el **exceso** del autor (vid. *supra* § 64 II 4).

4. La **pena para el cómplice** se orienta al marco punitivo del autor pero aquélla **debe** ser atenuada de acuerdo con el § 49 I (§ 27 II 2). Según ello, la complicidad en un hecho que queda en grado de tentativa disfruta de una doble atenuación (por el contrario, la atenuación prescrita tanto en el § 27 II como en el § 28 I no pueden acumularse, vid. BGH 26, 53 con comentario aprobatorio de *Bruns*, JR 1975, pág. 510; en cambio, no existe tal impedimento si las dos causas de atenuación de la pena poseen un contenido material distinto, BGH GA 1980, pág. 225). Con la reforma de 1975 el Código penal retorna al criterio de la atenuación *obligatoria* vigente en Alemania hasta 1939[59] (coincidiendo con el E 1962, § 31 II 2 y el AE, § 29 II 2). Esta opción se basa sobre la idea de que el

---

[57] Así, la doctrina mayoritaria; vid. *Letzgus*, Vorstufen pág. 66; *LK (11.ª)(Roxin)* § 27 núm. 48; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 574; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 52 núm. 32; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 901; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27 núm. 25; *Welzel*, Lehrbuch pág. 120; *Wessels*, Allg. Teil núm. 584.

[58] En contra (también "el dar salida a los objetos" y "el auxilio para ello" presuponen una actividad *exitosa*) *Schönke/Schröder/Stree*, § 259 núms. 32, 38, con referencias adicionales.

[59] Acerca de la sustitución de la atenuación obligatoria por una de carácter facultativo vid. *Nagler*, GS 115 (1941) págs. 36 ss.

contenido de injusto de la complicidad, a causa de sólo supone un favorecimiento destinado a reforzar el hecho principal y de que tan sólo influye mediatamente en su resultado, es más reducido en *todos* los casos que el injusto del hecho principal y, como consecuencia, también resulta ser más leve la culpabilidad del cómplice que la del autor. No obstante, la culpabilidad del cómplice, sobre la base de causas especiales de agravación que le sean imputables en virtud del § 29, puede también ser más grave que la del autor. Los casos de complicidad autónoma (por ejemplo, el apoyo a asociaciones criminales en los §§ 129 I, 129a III) constituye autoría y tiene prioridad sobre la regulación contenida en el § 27[60].

5. La complicidad también puede prestarse por **omisión** en la medida en que el cómplice esté vinculado por un deber de garante (vid. *supra* § 59 IV)[61]. La cuestión de la delimitación entre la coautoría y la complicidad no es aquí por lo general problemática, pues junto al dominio del hecho ejercido por el autor sobre un delito de comisión dolosa la contribución no impeditiva del garante sólo posee, básicamente, el **significado de una complicidad**[62]. El dominio del hecho sólo se traslada al omitente cuando el interviniente ha dejado de controlar el curso del hecho.

Ejemplos: Quien como funcionario de prisiones tolera los hurtos cometidos por los internos con ocasión del desarrollo de trabajos en el exterior responde por complicidad en los mismos (RG 53, 292; vid. también la OLG Karlsruhe GA 1971, pág. 281). El superior que no impide el alejamiento del lugar del accidente de un subordinado es también cómplice (RG 69, 349). El oficial del barco que permite el contrabando por parte de su tripulación es culpable de complicidad en el delito de defraudación aduanera (RG

---

[60] Críticamente al respecto, *Sommer*, JR 1981, págs. 490 ss.

[61] La cuestión es discutida; en el sentido del texto, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 573; *Blei,* Allg. Teil pág. 287; *Busse,* Unterlassungsdelikte págs. 325 ss.; *Frank,* § 49 comentario I 2; *Dreher/Tröndle,* § 27 núm. 7; *Otto,* JuS 1982, págs. 564 ss.; *Lackner,* § 27 núm. 5; *LK (11.ª) (Jescheck)* § 13 núm. 57; *Preisendanz,* § 27 comentario 3 b; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 52 núm. 9; *Jakobs,* Allg. Teil 29/102a; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 27 núm. 15; *Wessels,* Allg. Teil núm. 733; restrictivamente *LK (11.ª) (Roxin)* § 27 núm. 43; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft págs. 476 ss., quien en atención al deber de garante admite por regla general la existencia de una autoría por omisión (pág. 485). En contra de la posibilidad de una complicidad por omisión *Armin Kaufmann,* Unterlassungsdelikte págs. 291 ss.; *Grünwald,* GA 1959, págs. 110 ss.; *Welzel,* Lehrbuch pág. 222. Sobre todo ello vid. *Sowada,* Jura 1986, págs. 399 ss.

[62] Así, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 203 ss.; *Gallas,* JZ 1952, pág. 372; *el mismo,* JZ 1960, pág. 687 nota a pie núm. 67; *Lackner,* § 27 núm. 5; *Kielwein,* GA 1955, pág. 227; *Ranft,* ZStW 94 (1982) págs. 823 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 707; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 27 núm. 15. En contra, *Bloy,* Beteiligungsform pág. 218; *LK (11.ª) (Roxin)* § 25 núm. 209; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1077. Diferenciando según la clase de deber de garante (garante para la protección o para la supervisión) *Herzberg,* Täterschaft págs. 82 ss.

71, 176[63]). El tabernero que tolera en su establecimiento las lesiones corporales a uno de sus clientes sólo puede ser responsabilizado en virtud de complicidad (con otro criterio, BGH NJW 1966, pág. 1763). El asegurado que no impide el incendio del edificio objeto de su póliza debe ser castigado como cómplice de los delitos previsto en los §§ 306 núm. 2[64], 265 (BGH *Dallinger* MDR 1951, págs. 144 ss.). Acerca de la complicidad en el falso testimonio vid. BGH 4, 327; 14, 229; 17, 321; BGH NStZ 1993, pág. 489; OLG Hamm NJW 1992, pág. 1977[65]. Vid., además, BGH 30, 391 (393); BGH NStZ 1985, pág. 24.

IV. La concurrencia de varias formas de colaboración

1. Es admisible la *participación* en las *acciones de participación*[66]. La inducción a la inducción es equivalente a la inducción al hecho principal (inducción en cadena vid. *supra* § 64 II 2a). La inducción a la complicidad, la complicidad en la inducción[67] y la complicidad en la complicidad (BGH 6, 361; 8, 137) son supuestos de complicidad mediata en el hecho principal (*complicidad en cadena*) (no cabe una doble rebaja del marco punitivo[68]) (RG 14, 318 [320]; 23, 300 [306]; 59, 396).

2. Cuando *en una persona* concurren la autoría y la participación o la inducción y la complicidad referidas a al mismo hecho (por ejemplo, el autor induce a otro a la coautoría o a la complicidad, o induce y también interviene como cómplice del hecho principal), entonces las formas de colaboración más débiles ceden frente a las de mayor intensidad, esto es, la inducción tiene preferencia sobre la complicidad y la coautoría sobre la inducción y la complicidad (subsidiariedad; vid. *infra* § 69 II 2a) (RG 62, 72 [73]; BGH 4, 244 [247]; pueden encontrarse supuestos especiales en RG 70, 138; 293 [296 ss.])[69].

---

[63] Sobre ello vid. *Ranft*, ZStW 97 (1985) págs. 300 ss.

[64] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306 I núm. 1 (N del T).

[65] Profundizando en el sentido de la delimitación de la punibilidad, *Bockelmann*, Untersuchungen págs. 126 ss.; *Maurach*, DStr 1944, págs. 1 ss.; *el mismo*, SJZ 1949, págs. 541 ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, nota preliminar núms. 38 ss. antes del § 153; *Scheffler*, GA 1993, pág. 341.

[66] Acerca de la configuración de los distintos supuestos vid. *Schwind*, MDR 1969, págs. 13 ss.; *LK (11.ª)(Roxin)* § 27 núms. 54 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 965 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 584 ss.

[67] Vid. *Martin*, DriZ 1955, pág. 299; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 50 antes del § 26. Por el contrario, en la prestación de auxilio al inductor *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27 núm. 18, no admiten complicidad mediata en el hecho principal sino complicidad en la inducción; asimismo, RG 14, 318.

[68] Asimismo, *LK (11.ª)(Roxin)* § 27 núm. 61; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27 núm. 18. Diferenciando según los casos, *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 971 ss.

[69] Vid. *Lackner*, nota preliminar núm. 13 antes del § 25; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 49 antes del § 25; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 973 ss.

3. Si a través de la misma acción se induce o se presta complicidad a varios delitos, entonces sólo existe *una* inducción o complicidad en concurso ideal homogéneo o heterogéneo (RG 70, 26 [31]). En cambio, varias prestaciones de auxilio en un mismo hecho principal se encuentran en una relación de concurso real[70].

V. La participación necesaria

1. Concurre la *participación necesaria* cuando un tipo está configurado de tal manera que para su realización es conceptualmente necesaria la intervención de más de una persona; así sucede con el homicidio a petición (§ 216), la usura (§ 302a[71]), el acceso carnal entre parientes (§ 173), el abuso sexual de personas sometidas al cuidado o custodia del autor (§ 174), el favorecimiento de acciones sexuales de menores de edad (§ 180), el encubrimiento personal (§ 258), la rufianería (§ 181a) o el favorecimiento de acreedores (§ 283c). Se ha advertido con razón que la expresión "participación necesaria" no es completamente exacta ya que, por un lado, puede tratarse de una coautoría y, por otro, porque la colaboración no tiene por qué alcanzar la categoría de la participación[72]. Los supuestos de participación necesaria se clasifican en delitos de convergencia y delitos de encuentro[73]. En los **delitos de convergencia** las actividades de los intervinientes se dirigen conjuntamente al mismo objetivo, como sucede con el motín penitenciario (§ 121), el allanamiento de morada agravado (§ 124) y el robo en cuadrilla (§ 244 I núm. 3). Dado que en virtud de la propia Ley en estos supuestos todos los intervinientes son punibles como autores aquí no se plantea el problema de la participación necesaria. En los **delitos de encuentro** las actividades de los intervinientes, ciertamente, se dirigen al mismo objetivo, pero lo hacen desde lados distintos de modo que las acciones, en cierto modo, acaban por encontrarse[74] como sucede con el favorecimiento de acciones sexuales de menores (§ 180). Aquí la Ley castiga a través de concretas disposiciones penales sólo a determinados in-

[70] Así, *Schönke/Schröder/Cramer*, § 27 núm. 38. De otra opinión, *LK (11.ª)(Roxin)* § 27 núm. 54: existe sólo *una* complicidad pues el injusto se deriva de un único hecho principal.

[71] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 291 (N del T).

[72] Así, *Herzberg*, Täterschaft pág. 133; *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núm. 32 antes del § 26; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núm. 8; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 944.

[73] Así, básicamente, *Freudenthal*, Notwendige Teilnahme págs. 1, 122. En torno a su desarrollo vid. *LK (9.ª)(Busch)* § 50 núm. 25. *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung págs. 125 ss., indagando en el análisis de los tipos penales y las infracciones administrativas distingue entre seis categorías de tales tipos delictivos. Acerca de la división tradicional vid. *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núm. 33 antes del § 26; *Jakobs*, Allg. Teil 24/7 ss.

[74] Así, *Lange*, Notwendige Teilnahme pág. 12.

tervinientes, quedando de este modo los demás impunes. Esto rige, por ejemplo, para el abuso sexual de personas sujetas al cuidado o custodia del autor (§ 174), el acceso carnal con parientes que todavía no han cumplido dieciocho años (§ 173 III), el cohecho (§ 331), el encubrimiento real (§ 257 III 1) o el personal (§ 258 V). En estos supuestos resulta problemático si, como consecuencia de la esencia de la participación punible, el sentido de la correspondiente disposición penal y el principio de igualdad, no se podría también castigar al partícipe necesario por inducción o complicidad cuando sobrepasa la "intervención mínima" presupuesta por el tipo. La jurisprudencia ha rechazado hasta el momento una restricción de este tipo y, por tanto, ha **aceptado la punibilidad del partícipe necesario** cuando **induce** al otro a una parte del hecho o le **apoya "desarrollando un papel que excede del que le corresponde"**[75].

Ejemplos: Es punible la receptación del inductor o del cómplice del hecho principal(BGH 7, 134; 8, 390 [392]; 13, 403 [406]), la inducción a la liberación de presos realizada por el propio recluso (RG 61, 31 [33]; BGH 4, 396 [401]; 17, 369 [373]; impune, sin embargo, la ayuda recíproca para escaparse de la cárcel), así como la inducción y la complicidad de la parte favorecida a la comisión de una prevaricación del abogado (RG 71, 114 [116]). Lo mismo rige en el ámbito de los delitos sexuales: y así, se consideró punible la inducción al proxenetismo por parte de la persona prostituida (§ 180 en su redacción anterior) (RG 26, 369 [370]; BGH 10, 386 [387]; 15, 377 [382])[76], así como la inducción a la rufianería por parte de la mujer de la que depende el autor (BGH 19, 107). Punible es, asimismo, la inducción o la complicidad en el favorecimiento de acreedores (§ 283c) por parte de los favorecidos (RG 65, 416 [417]; 61, 314 [315 ss.])[77], la inducción a la venta por encima del precio máximo por el propio comprador (RG 70, 344 [347]) y la inducción a la venta prohibida de alcohol por parte del cliente (RG 70, 233 [234])[78].

2. Por el contrario, con buen criterio la *doctrina* **restringe** sustancialmente la **punibilidad de la participación necesaria**[79].

---

[75] Por el contrario, *Jakobs*, Allg. Teil 24/12 y *Herzberg*, Täterschaft págs. 137 ss., también aceptan la punibilidad de la participación necesaria cuando no se supera la medida mínima requerida para el cumplimiento del tipo.

[76] De acuerdo, *Blei*, Allg. Teil pág. 264.

[77] De acuerdo, *Herzberg*, Täterschaft págs. 137 ss.; *Otto*, Lange-Festschrift pág. 214.

[78] De acuerdo, *Otto*, Lange-Festschrift pág. 214; *Schönke/Schröder/Cramer*, nota preliminar núm. 49 antes del § 25.

[79] Al respecto vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 587; *Herzberg*, Täterschaft págs. 133 ss.; *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núms. 37 ss. antes del § 26; *Otto*, Lange-Festschrift págs. 210 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núm. 24; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 49 antes del § 26; *Welzel*, Lehrbuch págs. 122 ss.; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 945 ss.; *Schmidhäuser*, Allg.

a) Ante todo, existe coincidencia (también con la jurisprudencia; vid. BGH 10, 283 [284]) en el hecho de que el interviniente necesario queda *siempre* impune en la medida en que la disposición penal persigue precisamente su *protección*. En estos casos la mayoría de las veces la cooperación de la otra parte ni siquiera alcanza el grado de la complicidad; así sucede, por ejemplo, cuando el colegial permite que tenga lugar el tocamiento impúdico por parte del maestro. Pero también es impune como persona protegida la colegiala que induce al maestro a realizar acciones sexuales con ella (§ 174 I núm. 1), el menor de edad que coopera a la frustración del derecho a la custodia de personas (§ 235) y el prestatario que induce al prestamista al perfeccionamiento de la transacción usurera (§ 302a) (RG 18, 273 [281])[80].

b) Asimismo, se acepta la impunidad de la participación activa del beneficiado en disposiciones penales que prohiben el apoyo al autor del delito, debido a que la situación motivacional que caracteriza al hecho hace comprensible una colaboración que excede del que le corresponde. De acuerdo con ello, la inducción y la complicidad a la liberación de presos por el propio recluso (§ 120) deben quedar impunes[81]. Actualmente, en el encubrimiento personal (§ 258 V) viene prescrita por la propia Ley la impunidad de quien debe beneficiarse por el hecho del encubrimiento (por ejemplo, por una inducción al mismo). Lo mismo rige en el encubrimiento real (§ 257 III) respecto a los intervinientes en el hecho previo, aunque sigue subsistiendo la punibilidad de la inducción del lado de quien no tomó parte en el delito previo[82]. En los casos de los §§ 120, 258a, es la sustancial *disminución de la culpabilidad* (situación análoga al estado de necesidad) la que conduce a la impunidad[83].

Teil págs. 583 ss.; *Wolter*, JuS 1982, págs. 348 ss. Llevando a cabo una configuración del sistema por vía inductiva sobre la base del principio de igualdad (diferenciación del injusto realizado o de las circunstancias concurrentes en la persona en el supuesto de intervinientes especiales frente al caso común), *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung pág. 340. De modo similar pero con una estrecha adhesión al sistema tradicional *Sowada*, Die "notwendige Teilnahme" págs. 269 ss.

[80] Vid. *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núm. 38 antes del § 26; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 47 antes del § 26; *Otto*, Lange-Festschrift pág. 211; *Wessels*, Allg. Teil núm. 587.

[81] Así, *Binding*, Lehrbuch Tomo II 2 pág. 590; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar núm. IV 1 antes del § 47; *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núm. 39 antes del § 26; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Bes. Teil II § 71 núm. 13; *Welzel*, Lehrbuch pág. 507.

[82] Críticamente al respecto, *Stree*, JuS 1976, pág. 138; *Lackner*, § 257 núm. 8.

[83] De acuerdo *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 950. Por el contrario, va demasiado lejos el tratamiento del motivo impulsor como elemento excluyente de la pena (§ 28 II) que recomienda *Herzberg*, GA 1971, pág. 10, porque con el mismo también quedarían impunes los casos en los que el sujeto no se merece salir libre de responsabilidad criminal (por ejemplo, inducción al §

c) Finalmente, una parte de la doctrina defiende también la justificación de la impunidad del partícipe necesario cuando la *iniciativa* del hecho suele proceder *típicamente* de él. Bajo este punto de vista serían impunes la inducción a la rufianería y el favorecimiento de la prostitución por personas que se prostituyen (§ 180a), así como la inducción por el comprador a la venta que se realiza con infracción de la limitación de precios[84]. Aquí resulta decisiva la idea de la *inutilidad político-criminal* de prohibiciones similares. Por el contrario, la punibilidad de la inducción al favorecimiento de acreedores (§ 283c) o a la prevaricación de abogado (§ 356) no es ni injusta ni carente de sentido[85].

Las cuestiones singulares deben ser contestadas por medio de la interpretación de las disposiciones penales de la Parte especial[86].

§ 65 La inducción intentada a delitos graves y otros estadios iniciales de la colaboración delictiva

Blei, Anmerkung zu BGH 10, 388, NJW 1958, pág. 30; *Bloy*, Grund und Grenzen der Strafbarkeit der mißlungenen Anstiftung, JR 1992, pág. 493; *Börker*, Zur Bedeutung besonderer persönlicher Eigenschaften bei der versuchten Anstiftung zu einem Verbrechen, JR 1956, pág. 286; *Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik usw., 1979; *el mismo*, Rücktritt vom Versuch der Beteiligung, 1980; *J.-D. Busch*, Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung, NJW 1959, pág. 1119; *el mismo*, Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme usw., Diss. Marburg 1964; *R. Busch*, Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 245; *Coenders*, Zum neuen Strafgesetz, RG-Festgabe, Tomo V, 1929, pág. 266; *Dreher*, Anmerkung zu BGH 3, 228, NJW 1953, pág. 313; *el mismo*, Grundsätze und Probleme des § 49a StGB, GA 1954, pág.

283c). Tampoco son convincentes las consecuencias que de acuerdo con la lógica legal extrae *Zöller*, Die notwendige Teilnahme págs. 170 ss., 230 ss., de una supuesta "similitud" estructural de la participación necesaria con la "coautoría", puesto que de ningún modo puede evidenciarse tal identidad.

[84] Así, *Bohne*, Frank-Festgabe Tomo II pág. 471; *Gerland*, Lehrbuch pág. 417; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar núm. II 2 antes del § 47; *Welzel*, Lehrbuch pág. 123; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 583 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núm. 27. Acerca del fin de protección del § 181a BayObLG JZ 1974, pág. 460.

[85] Así, acertadamente, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 50 núm. 21; *Schönke/Schröder/Stree*, § 283 núm. 21, § 356 n1 25; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 952. *Herzberg*, Täterschaft pág. 139, va aquí demasiado lejos cuando también acepta la punibilidad como complicidad de la simple recepción de la ventaja.

[86] Así, con razón, *LK (11.ª)(Roxin)* nota preliminar núm. 41 antes del § 26; *Wolter*, JuS 1982, págs. 348 ss. Profundizando en ello, *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992.

11; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 6, 308, MDR 1955, pág. 119; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 14, 156, NJW 1960, pág. 1163; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 24, 38, MDR 1971, pág. 410; *Gallas,* Der dogmatische Teil des Alternativentwurfs, ZStW 80 (1968) pág. 1; *Herzberg,* Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr? JZ 1989, pág. 114; *Jakobs,* Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985) pág. 751; *Armin Kaufmann,* Anmerkung zu BGH 9, 131, JZ 1956, pág. 606; *Kern,* Die Äußerungsdelikte, 1919; *Kühl,* Grundfälle zu Vorbereitung usw., JuS 1979, pág. 874; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 32, 133 und BGH vom 7.10.1983, JZ 1984, pág. 292; *Küper,* Versuchs-und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, pág. 775; *el mismo,* Die Problematik des Rücktritts von der Verbrechensverabredung, JR 1984, pág. 265; *Langer,* Zum Begriff der "besonderen persönlichen Merkmale", Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 241; *Letzgus,* Vorstufen der Beteiligung, 1972; *Maiwald,* Literaturbericht, ZStW 88 (1976) pág. 712; *Maurach,* Die Problematik der Verbrechensverabredung (§ 49a II StGB), JZ 1961, pág. 137; *H. Mayer,* Teilnahme und Gefangenenmeuterei, JZ 1956, pág. 434; *Meister,* Zweifelsfragen zur versuchten Anstiftung, MDR 1956, pág. 16; *Otto,* Personales Unrecht usw., ZStW 87 (1975) pág. 539; *el mismo,* Die Aussagedelikte, JuS 1984, pág. 161; *Roxin,* Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung, JA 1979, pág. 169; *R. Schmitt,* Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen, JuS 1961, pág. 25; *Schröder,* Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, pág. 81; *el mismo,* Grundprobleme des § 49a StGB, JuS 1967, pág. 289; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 24, 38, JZ 1971, pág. 563; *Vogler,* Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 715; *Vogler/Kadel,* Eine verhängnisvolle Bitte, JuS 1976, pág. 245; *Zipf,* Probleme der versuchten Bestimmung zu einer Straftat, Strafr. Probleme 8, 1980, pág. 143.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes de §§ 61-64

I. Fundamentos generales

1. La disposición penal decisiva en torno a la punibilidad de los estadios previos de la participación está recogida en el § 30. Hasta el año 1974 rigió el § 49a, que ha tenido una historia llena de vicisitudes. La punibilidad de ciertas fases iniciales de la participación fue introducida por una Ley de 26.2.1876 que, bajo la influencia de la lucha entre la Iglesia y el Estado en Prusia, reaccionó frente al ofrecimiento del ciudadano belga "Duchesne" ante el arzobispo de París para asesinar a Bismarck a cambio del pago de 60.000 francos ("*Duchesne-Paragraph*")[1]. Por medio de la VO de 29.5.1943 fue extendida la punibilidad al acuerdo para cometer un delito, a la seria negociación para su comisión y a la complicidad fracasada, produciéndose asimismo una agravación de la conminación penal[2]. La 3. StÄG de 4.8.1953 dio una nueva configuración al § 49a: fue

[1] Acerca de la historia de su nacimiento vid. *J.-D. Busch,* Erfolglose Teilnahme págs. 47 ss.; *LK (11.ª) (Roxin)* § 30 antes del núm. 1.

[2] En contra de tal desarrollo ya *Coenders,* RG-Festgabe págs. 277 ss. (quien la califica como "una disposición de una inseguridad verdaderamente inquietante"). Especialmente crítico con el §

nuevamente eliminada la punibilidad de la complicidad malograda y de la negociación delictiva, mejorándose asimismo las disposiciones relativas al desistimiento. En los §§ 30, 31 el Derecho vigente ha asumido básicamente la regulación vigente hasta entonces y, en verdad, coincidiendo con los §§ 35, 36 E 1962, y en contra de los §§ 32, 33 AE que pretendía dejar impune también en los delitos graves el declararse dispuesto a su comisión, la aceptación del ofrecimiento y el concierto para delinquir. Estos últimos supuestos le parecieron al legislador merecedores de pena debido a que "pueden originar vinculaciones muy peligrosas" (así, BT-Drucksache V/4095 pág. 13).

2. Por regla general también en los delitos más graves las acciones preparatorias son impunes; en ellos la punibilidad comienza sólo con la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo (§ 22). Una excepción a este planteamiento viene constituida por el § 30 en relación con ciertas **acciones preparatorias** en las que colaboran varias personas y que se presentan como **estadios previos de la participación punible**. El § 30 I comprende la inducción intentada a un delito grave y el § 30 II otras acciones preparatorias (el declararse dispuesto, la aceptación del ofrecimiento de otro y el concierto para delinquir) que materialmente suponen fases iniciales de la coautoría, la inducción o la complicidad. El *fundamento de la pena* en el § 30 reside en la especial peligrosidad de vínculos conspiradores que involucrando a otras personas hacen surgir la resolución delictiva[3]. De este modo se dificulta psicológicamente al autor renunciar a la comisión del hecho. Naturalmente, también es muy importante mantener la punibilidad para los casos en los que la inducción fracasa o el ofrecimiento del autor de cometer el delito no es aceptado[4]. Aquí tan sólo se le puede reprochar al autor la tentativa (infructuosa) de una inducción o la conclusión de un acuerdo[5].

49a en su redacción anterior *Kohlrausch/Lange,* § 49a comentario II, III ("expresión de un espíritu policial"); además, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 590; *Busch,* Maurach-Festschrift págs. 252 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 921. Por el contrario, a favor de la justificación político-criminal del § 30, *Letzgus,* Vorstufen págs. 126 ss. (especial peligrosidad de la resolución delictiva para conspirar); *Jakobs,* Allg. Teil 27/12 (comunicación sobre el acaecimiento del delito); *LK (11.ª) (Roxin)* § 30 núms. 10 ss. (prescindiendo de la conducta de declararse dispuesto a la comisión de un delito del § 30 II); *Kühl,* JuS 1979, págs. 874 ss.; *Roxin,* JA 1979, págs. 170 ss.

[3] Vid. *Lackner,* § 30 núm. 1; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 53 núm. 3; *Kühl,* JuS 1979, pág. 874; *el mismo,* Allg. Teil § 20 núm. 245; *Schröder,* JuS 1967, pág. 289; profundizando en ello *Letzgus,* Vorstufen págs. 126 ss.

[4] Por este motivo *Letzgus,* Vorstufen págs. 141 ss., pretende con acierto limitar de *lege ferenda* la punibilidad del § 30 I al supuesto de inducción *ineficaz* (se origina el dolo del hecho pero el delito no tiene lugar) dejando impune la inducción *fracasada* (en la que ni siquiera se consigue hacer surgir el dolo del hecho) (pág. 145). Lo mismo tendría que regir en relación con el ofrecimiento ineficaz según el § 30 II porque en este caso, con más razón, la resolución criminal no tiene lugar. Críticamente al respecto *Maiwald,* Literatur Bericht, ZStW 88 (1976) pág. 720. Por el contrario, *Busch,* Maurach-Festschrift pág. 256, piensa de *lege ferenda* en una regulación diferenciada contenida en la Parte especial a través de las distintas figuras delictivas.

[5] Críticamente *LK (11.ª)(Roxin)* § 30 núm. 11. Dirigiéndose (de forma poco convincente) en contra de la justificación de la punibilidad del acuerdo delictivo *Jakobs,* ZStW 97 (1985) pág. 756.

3. Sistemáticamente se trata de formas de aparición cercanas a la participación. Sin embargo, dado que el hecho principal no se ha cometido en realidad el desvalor del hecho se limita a un desvalor de acción queda en el ámbito de lo intelectual, mientras que el de carácter objetivo sólo tiene lugar a través de la *exteriorización* de la intención delictiva o, en su caso, del acuerdo con la misma[6]. En todos los casos —con excepción de la inducción fracasada y de la declaración ineficaz de la disposición a cometer un delito, que todavía residen en un estadio previo— el merecimiento de pena del hecho descansa sobre la vinculación conspirativa en una voluntad ajena de la resolución delictiva. La inclusión del § 30 en el apartado relativo a la participación se justifica a través de su dependencia de la punibilidad del delito proyectado cuya consumación debió ser querida por todos los intervinientes (*accesoriedad hipotética*)[7]. También la limitación de la accesoriedad rige para el § 30 de forma que, por ejemplo, es punible la inducción intentada de un enfermo mental al que no se reconoce como tal. Sin embargo, tampoco hay que olvidar que también podría haber sido fundamentada la inclusión del precepto dentro del apartado referido a la tentativa, puesto que no existe una dependencia del hecho principal como la que caracteriza a la participación y ésta no puede ser sustituida por una mera "accesoriedad hipotética". Se trata, pues, de *acciones preparatorias punibles de naturaleza autónoma* que, sin embargo, por tratarse de supuestos de conspiración presentan las formas de aparición propias de la participación (BGH 9, 131 [134]; 14, 378 [379])[8].

4. Para la determinación del **carácter delictivo** del hecho punible proyectado no es decisiva la situación fáctica real sino la representación del interviniente, posiblemente diversa, del supuesto de hecho a realizar; y ello porque, como en la tentativa, a través del § 30 debe ser abarcada la voluntad hostil al Derecho que se ha exteriorizado (BGH 4, 254; BGH NJW 1951, 666 [667]; GA 1963, pág. 126; NJW 1982, pág. 2738). También aquí es aplicable el punto de vista abstracto (vid. *supra* § 7 IV 2).

---

[6] El § 30 es un delito de expresión en el sentido de *Kern*, Die Äußerungsdelikte págs. 9 ss.; en consecuencia, las declaraciones también pueden realizarse mediante actos concluyentes.

[7] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 590; *Dreher/Tröndle*, § 30 núm. 2; *Letzgus*, Vorstufen págs. 219 ss.; *Kohlrausch/Lange*, § 49a comentario II (aunque críticamente); *Maurach*, JZ 1961, pág. 138; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 53 núm. 7; *LK (11.ª)(Roxin)* § 30 núm. 40; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 30 núm. 2; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 644; *Schröder*, JuS 1967, pág. 289. Por el contrario, *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 341, en adhesión a *Binding*, Lehrbuch Tomo II, 2 págs. 838 ss., acepta la existencia de un tipo autónomo (ataque contra la actitud interna de fidelidad jurídica del interlocutor).

[8] Así, *Letzgus*, Vorstufen págs. 219 ss.; *LK (11.ª)(Roxin)* § 30 núm. 2, frente a la teoría de la participación de *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 53 núm. 4.

Discutida es sin embargo la cuestión de cómo hay que resolver el caso donde los *elementos personales especiales* (§ 28) convierten al hecho en un delito grave (por ejemplo, la cualidad de funcionario)[9]. Para la cualificación del hecho que se fragua la doctrina atiende mayoritariamente a la persona del inductor o, en su caso, a quien acepta el ofrecimiento (y no a la persona que se preveía como autor), con lo que el § 28 II también se aplica a la cuestión de la naturaleza delictiva del hecho[10]. No obstante, lo correcto es aceptar sólo un delito grave en el sentido del § 30 cuando los elementos personales especiales concurran en la persona *que debe cometer el hecho*, pues no es el autor peligroso lo que el § 30 quiere abarcar sino los *hechos* especialmente graves. Su preparación debe ser punible[11]. De ello se deriva, simultáneamente, que para la fundamentación de la naturaleza delictiva del hecho proyectado sólo pueden ser traídos a colación aquellos elementos personales que afecten a su contenido de injusto material (así, no cabe recurrir a la reincidencia [por ejemplo, en el § 244 en su redacción anterior] [RG 32, 267], pues sólo en caso de un elevado contenido de injusto del hecho bosquejado es posible afirmar una prominente necesidad de pena demandada por la colectividad que justifique la aplicación del § 30[12]. La objeción consistente en que, según el § 30, el inductor ineficaz sería responsabilizado más gravemente que el coautor que se beneficia de un elemento personal especial que rebaja la calificación del hecho a un delito menos grave (por ejemplo, en el caso de tentativa del § 313, en cuyo apartado segundo no se criminaliza), se disipa

---

[9] El legislador ha dejado conscientemente el interrogante sin contestar (BT-Drucksache V/4095) a pesar de que contaba con las controvertidas regulaciones del § 35 III E 1962 y del § 32 II AE; crítico con ello *Roxin*, Einführung págs. 26 ss.

[10] Así, *Blei*, Allg. Teil pág. 292; *Jakobs*, Allg. Teil 27/6; *Heznitz*, Berliner-Festschrift für den 41. DJT pág. 117; *Kohlrausch/Lange*, § 49a comentario IV 3; *Lackner*, § 30 núm. 2; *Langer*, Lange-Festschrift pág. 249; *Maurach*, JZ 1961, pág. 141; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 53 núm. 29; *Kühl*, Allg. Teil § 20 núm. 247; *Schröder*, JuS 1967, págs. 292 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 30 núm. 14; *SK (Samson)* § 30 núm. 11; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 645; *Vogler/Kadel*, JuS 1976, pág. 249; *Wessels*, Allg. Teil núm. 562. Exigiendo la cualidad delictiva en ambos intervinientes *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 592.

[11] Así, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 217; *LK (9.ª) (Busch)* § 49a núms. 21 ss.; *J.-D. Busch*, Erfolglose Teilnahme págs. 149 ss.; *Börker*, JR 1956, pág. 286; *Dreher*, NJW 1953, pág. 313; *el mismo*, GA 1954, pág. 17; *el mismo*, MDR 1955, pág. 119; *Dreher/Tröndle*, § 30 núm. 6; *LK (11.ª)(Roxin)* § 30 núm. 44; *Preisendanz*, § 30 comentario núm. 3a; *Letzgus*, Vorstufen pág. 205; *Meister*, MDR 1956, pág. 16; *Niese*, JZ 1955, pág. 324; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 915; *Welzel*, Lehrbuch pág. 118. En el acuerdo (§ 30 II) basta para el castigo de todos los intervinientes con que para uno de los conspiradores el hecho fuera delito grave; asimismo, *LK (9.ª) (Busch)* § 49a núm. 32; *Dreher*, GA 1954, pág. 16; *Letzgus*, Vorstufen págs. 206 ss. Por el contrario, para *Schönke/Schröder/Cramer*, § 30 núm. 14; *Schröder*, JuS 1967, págs. 292 ss.; *Maurach*, JZ 1961, pág. 141, no puede ser castigado en virtud del § 30 II el presunto autor del acuerdo para quien el hecho pactado sólo se presenta como un delito menos grave.

[12] Así, *Gallas*, ZStW 80 (1968) pág. 33; *Dreher*, GA 1954, págs. 16 ss.; *Letzgus*, Vorstufen págs. 205 ss.

contestando que en un caso especial de esa naturaleza también debe entrar en juego la impunidad de acuerdo con el § 30 (*argumentum a maiore ad minus*).

Ejemplo: Para la cuestión de si hay que aceptar la inducción ineficaz al asesinato o al homicidio, sólo hay que atender a cómo se ha representado el inductor (§ 30 I) la ejecución del hecho (BGH NJW 1951, pág. 666). Acerca del § 347 en su redacción anterior (actual § 120 II) vid. además BGH 6, 308 (309 ss.); BGH StV 1987, pág. 386. Según la BGH 14, 353 (355 ss.) en el caso del § 218 III (actual § 218 I) la solución también debió hacerse depender de la persona del inductor.

5. En todos los casos del § 30 la **pena** se corresponde con la de la tentativa del delito que se prepara pero, a diferencia del § 23 II, aquí la atenuación punitiva es *obligatoria*. Si el delito planificado estuviera plasmado en el tipo como un caso menos grave, entonces el marco punitivo previsto para éste se atenuaría conforme al § 49 I (BGH 32, 133 [136]). Resulta aplicable el § 28 II, de modo que la inducción ineficaz de un funcionario público es punible a través del § 345 mientras que el no cualificado responde según los §§ 239, 30, 49 I. Dado que en el § 30 se trata siempre de casos de tentativa, resulta aplicable el § 23 III en caso de grave irracionalidad (vid. *supra* § 50 I 5b).

II. La inducción intentada (§ 30 I)

El § 30 I castiga en primer lugar la **inducción intentada a un delito grave**[13]. En segundo lugar, coincidiendo con la anterior jurisprudencia y doctrina (vid. la 2.ª ed. de esta obra pág. 534), también se declara expresamente punible la inducción ineficaz a la inducción a un delito grave (**inducción en cadena intentada**); en cambio, permanecen impunes la inducción intentada a la complicidad en un delito grave y la complicidad en una inducción intentada al mismo, pues la complicidad intentada como tal ya no está sujeta a punición (BGH 14, 156 [157]; 31, 10 [11])[14]. En el § 159 se extiende la disposición a dos delitos menos graves: falsedad testimonial sin juramento (§ 153) y en la declaración falsa bajo juramento (§ 156). La superación del marco del delito grave se justifica a causa de la específica peligrosidad de ambos delitos contra la Administración de Justicia; contradictorio es, sin embargo, que en los propios §§ 153 y 156 no se castigue la tentativa de tales hechos[15].

---

[13] En relación con la crítica dirigida al § 15 österr. StGB por el hecho de que de los estadios previos a la participación *sólo* castiga la inducción ineficaz (aunque ésta, sin embargo, también se sanciona en los casos de delitos menos graves), vid. *Zipf*, Strafr. Probleme 8 págs. 165 ss.

[14] A favor de la punibilidad de la complicidad en el § 30, sin embargo, *Dreher*, GA 1954, págs. 17 ss.; *el mismo*, NJW 1960, págs. 1163 ss.; *Busch*, Maurach-Festschrift pág. 255.

[15] De ahí que sea dudosa la BGH 24, 38, donde es negada la punibilidad del inductor si

1. Como *acción* debe existir una inmediata puesta en marcha (§ 22) de la determinación a otro a cometer un delito[16]. En este punto es correcto exigir que, al menos, la declaración deba ser accesible al destinatario puesto que de lo contrario no se alcanza el mínimo de peligrosidad que resulta necesario para el merecimiento de pena del hecho[17]. La consumación de la inducción puede faltar porque el inducido no *adopte* la resolución delictiva (inducción *fracasada*), porque no la ejecuta (inducción *ineficaz*) o porque ya estaba decidido con anterioridad a cometer el delito (inducción *inidónea*) (vid. *supra* § 64 II 2c). Cuando, como mínimo, el inducido alcanza en la comisión del hecho principal el umbral de la tentativa punible, entonces resulta de aplicación el § 26 puesto que la inducción ya no es meramente intentada sino consumada.

2. Asimismo, el autor debe poseer el *doble dolo* del inductor, esto es, debe determinar al inducido a la comisión del delito grave y, simultáneamente, querer dar lugar a la ejecución del hecho principal. También en lo que se refiere al grado de determinación del dolo rigen las reglas ya sentadas para el inductor (vid. *supra* § 64 II 2b). Decisivo resulta que del lado del inductor no se necesiten acciones adicionales de colaboración para la ejecución del hecho principal (OLG Hamm JR 1992, pág. 521 con comentario de *Bloy*, JR 1992, 493 [497]). La seriedad de la invitación sólo exige que el inductor cuente con que el inducido toma en serio la misma[18]. Sin embargo, también él mismo debe querer la ejecución del hecho principal. Por este motivo el § 30 I no entra en aplicación cuando el hecho sólo pueda ser cometido conjuntamente con el incitador y éste no haya manifestado seriamente su propuesta (BGH 18, 160).

---

la declaración bajo juramento del autor es impune como tentativa inidónea. De ahí que también se muestren críticos *Schroeder*, JZ 1971, pág. 563; *Dreher*, MDR 1971, pág. 410; *Otto*, JuS 1984, pág. 170; *Lackner*, § 159 núm. 3.

[16] BGH 8, 294 (296) pretende conformarse para ello con "cualquier actuación". Por el contrario, con razón subraya *H. Mayer*, JZ 1956, pág. 435, que debe existir una tentativa de *influencia intelectual* puesto que se trata de inducción intentada; asimismo, *LK (11.ª)(Roxin)* § 30 núm. 16.

[17] Así, RG 26, 81; 47, 230; *Eser*, Strafrecht II núm. 47 A núm. 19; *Letzgus*, Vorstufen pág. 41 nota a pie núm. 89; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 647 nota a pie núm. 43; *Schröder*, JuS 1967, pág. 290; *SK (Samson)* § 30 núm. 14; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 917. La opinión contraria, que se conforma con el sentido proporcionado por los principios generales de la tentativa sobre la "puesta en marcha de la ejecución", incluyendo así también la eventualidad de que la declaración ni siquiera llegue al destinatario es defendida jurisprudencial y doctrinalmente: BGH 8, 261; 31, 10 (11); *Lackner*, § 30 núm. 4; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 53 núm. 16; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 30 núm. 19; *Blei*, Allg. Teil pág. 291; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 216; *Dreher*, GA 1954, pág. 14; *Dreher/Tröndle*, § 30 núm. 9; *LK (11.ª) (Roxin)* § 30 núms. 15 ss.; *Preisendanz*, § 30 comentario núm. 3d; *Wessels*, Allg. Teil núm. 563.

[18] Vid. *Schröder*, JuS 1967, pág. 292, así como también *Letzgus*, Vorstufen págs. 182 ss. con referencias bibliográficas adicionales en nota a pie núm. 289.

III. Acuerdo, aceptación del ofrecimiento y declaración de estar dispuesto a cometer un delito grave

De acuerdo con el § 30 II también se sancionan ciertas acciones preparatorias que se presentan como estadios previos de la coautoría, la inducción y la complicidad.

1. Importante en la práctica y merecedor de pena en un alto grado es sobre todo el **acuerdo para cometer un delito grave**; éste suele presentarse especialmente en casos de terrorismo, robo y otros delitos violentos, concretamente en relación con los §§ 239a, 239b y 316c. Es frecuente, aunque no punible, en el robo agravado (§§ 243, 244) aunque sí resulta sancionado en el robo grave cometido en cuadrilla (§ 244a). El acuerdo significa que como mínimo dos personas se conciertan seriamente para perpetrar *como coautores* una acción castigada como delito grave o para inducir conjuntamente a otro a cometerla (BGH NStZ 1982, pág. 244; NStZ 1993, pág. 137)[19]. El acuerdo no es otra cosa que la resolución delictiva común en el sentido del § 25 II (vid. *supra* § 63 II 1)[20]. Una simple conversación previa no constituye todavía acuerdo (BGH 12, 306 [309]), aunque la dependencia de la ejecución del hecho de la concurrencia de ciertas condiciones no empece para nada la aceptación de su existencia (acerca de la voluntad de acción condicionada vid. *supra* § 29 III 3e)[21]. Dentro del § 30 II entran también el acuerdo para la inducción a un delito grave en la medida en que la acción instigadora deba realizarse conjuntamente. Acerca del grado de determinación del plan delictivo la praxis no demanda con razón demasiadas exigencias en la medida en que el mismo se haya elaborado seriamente. También resulta punible la inducción a la conclusión de un acuerdo delictivo[22].

Ejemplos: Hay que aplicar el § 30 II cuando dos coautores se disponen a comenzar la ejecución de una agresión a un automovilista (§ 316a) en la autopista (OLG Köln NJW 1951, pág. 612); el tipo también se cumple cuando los autores no saben todavía si atracar un restaurante de carretera o una gasolinera (BayObLG NJW 1954, pág. 1257). Demasiado rigurosa es la OLG Hamm MDR 1948, pág. 368 (para el acuerdo de llevar

---

[19] Vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 592 ss.; *Dreher,* GA 1954, pág. 14; *Kohlrausch/Lange,* § 49a comentario núm. V 1; *Lackner,* § 30 núm. 6; *LK (11.ª) (Roxin)* § 30 núm. 60; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 53 núm. 42; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 30 núm. 25; *Letzgus,* Vorstufen pág. 110; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 644; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 921.

[20] Acerca de la estructura del acuerdo vid. detenidamente *Letzgus,* Vorstufen págs. 105 ss.

[21] Vid. *Maurach,* JZ 1961, pág. 139; *Schröder,* JuS 1967, pág. 291; *R. Schmitt,* JuS 1961, pág. 25.

[22] Así, *Schönke/Schröder/Cramer,* § 30 núm. 36; en contra *Maurach,* JZ 1951, pág. 25.

a cabo un robo con extorsión no es suficiente proyectar su ejecución "sobre alguien de la ciudad de Hamburgo"). Cuando el ladrón llama a la puerta de la casa de la víctima y cuenta con amenazarla con un arma inmediatamente después de su aparición, existe ya tentativa y no meramente un acuerdo delictivo (BGH NStZ 1984, pág. 596).

2. La **aceptación de un ofrecimiento** significa que el aceptante declara su conformidad con la disposición de otro a cometer un determinado delito grave o a inducir a que un tercero lo cometa. Su propia colaboración reside en que con tal aceptación consolida la resolución delictiva del ofertante (complicidad psíquica ineficaz)[23]. Si sólo se origina la resolución delictiva concurre una inducción ineficaz de acuerdo con el § 30 I. No puede compartirse la opinión de que deba ser la declaración de aceptación y no el ofrecimiento lo que deba ser expresado seriamente, puesto que sólo bajo la condición de la aceptación de una voluntad delictiva *realmente existente* es cuando se presenta un peligro que justifica la imposición de la pena frente al aceptante (de otra opinión BGH 10, 388)[24]. Para la declaración de aceptación basta con que el aceptante cuente con que a consecuencia de la misma el otro ejecutará el delito.

3. Demasiado lejos ha ido el legislador con el castigo de la **declaración de estar dispuesto** a cometer un delito grave: aquí no está ya comprendido el peligro de que otro pueda cometer un delito a consecuencia de la declaración del autor, sino que se criminaliza ya la *declaración de la propia disponibilidad* para ello expresada seriamente (BGH 6, 246 [347]; OLG Celle MDR 1991, pág. 174) que, naturalmente, debe dirigirse a alguien de cuya aprobación el autor hace depender la ejecución del delito. La disposición volitiva debe ser formulada a la persona que debe aprobar la declaración. Además, el pronunciamiento de la propia disposición puede ser realizado de forma que el declarante acepte por medio de otro la invitación a la comisión del hecho. Si el declarante ha sido inducido por el otro no es necesario ni siquiera la recepción de la declaración. Este supuesto comprende al presunto autor en la inducción ineficaz[25]. De acuerdo con lo que de forma expresa se

---

[23] Así, *Dreher,* GA 1954, pág. 18; *Dreher/Tröndle,* § 30 núm. 11; *LK (9.ª) (Busch)* § 49a núm. 36; *Blei,* Allg. Teil pág. 293. De otra opinión es la doctrina mayoritaria quien aquí acepta un caso especial de inducción intentada; vid. *Letzgus,* Vorstufen págs. 97 ss. con referencias adicionales; *Jakobs,* Allg. Teil 27/9; *LK (11.ª) (Roxin)* § 30 núms. 93 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 30 núm. 24; *SK (Samson)* § 30 núm. 22.

[24] En el sentido del texto RG 57, 243 (245); *Blei,* NJW 1958, pág. 30; *Kohlrausch/Lange,* § 49.ª comentario núm. V 3; *Letzgus,* Vorstufen págs. 184 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 646. En contra, sin embargo, *Lackner,* § 30 núm. 6; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 53 núm. 48; *LK (11.ª) (Roxin)* § 30 núm. 97; *Dreher/Tröndle,* § 30 núm. 11; *Otto,* ZStW 87 (1975) pág. 569 nota a pie núm. 105; *Preisendanz,* § 30 comentario 4b; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 30 núm. 28.

[25] Así, *LK (11.ª) (Roxin)* § 30 núm. 87; *Letzgus,* Vorstufen pág. 94 nota a pie núm. 27; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 53 núm. 47; *SK (Samson)* § 30 núm. 21; *Schröder,* JuS 1967, pág. 291. Por el contrario, exigen también la recepción en este caso *Dreher/Tröndle,* § 30 núm. 10; *Schönke/Schröder/Cramer,* § 30 núm. 23.

prevé por el Derecho vigente, basta incluso con la declaración de disponibilidad a llevar a cabo una inducción.

IV. El desistimiento de la tentativa de colaboración (§ 31)

1. La disposición sobre desistimiento del § 24 sólo es aplicable a acciones intentadas en el sentido del § 22[26]. De ahí que para el **desistimiento de los estados previos a la colaboración** el legislador haya creado una disposición especial en el § 31 (BGH 15, 199; BGH NStZ 1992, pág. 537). También aquí el desistimiento ha de ser voluntario (BGH 12, 306 [308 ss., 311])[27] (vid. *supra* § 51 III 2). Si, de acuerdo con el § 24, con posterioridad el autor desiste voluntariamente de la tentativa del delito proyectado, entonces no vuelve a renacer la punibilidad por el § 30 pues no existe ya ninguna acción preparatoria ineficaz cuando ha tenido lugar una tentativa conminada con pena (BGH 14, 378; BGH NStZ 1983, pág. 364)[28] (vid. *infra* § 69 III 1). Esta consecuencia se tendrá que aceptar también cuando el hecho que se ha intentado y del cual se ha desistido es menos grave que el proyectado, pues la impunidad del *hecho* también debe comprender la de la *participación* y sus *estadios previos* como formas más limitadas del injusto de acción[29].

2. El § 31 está configurado a la medida de los supuestos de participación ineficaz. En la **tentativa de inducción** es suficiente con renunciar a la influencia sobre el otro; sin embargo, tan pronto como exista el peligro (a enjuiciar subjetivamente por el instigador) de que el inducido cometa el hecho el inductor debe evitar ese peligro (§ 30 I núm. 1)[30]. En relación con el desistimiento de la **declaración de disponibilidad** a cometer

---

[26] Vid. *Schröder*, JuS 1962, pág. 85.

[27] Críticamente al respecto *R. Schmitt*, JuS 1961, págs. 25 ss.

[28] Así también *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 594; *Lackner*, § 31 núm. 7; *Bottke*, Methodik págs. 560 ss.; *LK (9.ª) (Busch)* § 49a núm. 11; *Maurach*, JZ 1961, pág. 145; *Roxin*, JA 1979, pág. 175; *Küper*, JZ 1979, pág. 782; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 30 núm. 40; *Dreher/Tröndle*, § 30 núm. 16.

[29] Igualmente, *Roxin*, JA 1979, pág. 175; *LK (11.ª) (Roxin)* § 30 núm. 82; *Bottke*, Methodik págs. 564 ss.; *Schönke7Schröder/Cramer*, § 30 núm. 40; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 648. Defendiendo la opinión contraria *Dreher/Tröndle*, § 30 núm. 16; *Lackner*, § 31 núm. 7; *Maurach*, JZ 1961, pág. 146; *LK (9.ª) (Busch)* § 49a núm. 11; *Vogler*, Bockelmann-Festschrift págs. 728 ss.

[30] Sobre este aspecto vid., más detalladamente, *SK (Samson)* § 31 núms. 7 ss., acerca de la cuestión del error del inductor sobre la existencia del peligro vid. núm. 11. A favor, como aquí, de un entendimiento subjetivo del peligro *LK (11.ª) (Roxin)* § 31 núms. 5 ss.; *Herzberg*, JZ 1989, págs. 114 ss.; *Lackner*, § 31 núm. 3; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 31 núm. 5; *SK (Samson)* § 31 núm. 11. A favor de su enjuiciamiento objetivo como hace el E 1962, Fundamentación pág. 155, *Dreher/Tröndle*, § 31 núm. 4; *LK (9.ª) (Busch)* § 49a núm. 45; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 53 núm. 62; *Bottke*, Rücktritt vom Versuch pág. 58.

un delito grave el núm. 2 de dicho precepto exige que el autor renuncie a su proceder de un modo reconocible exteriormente[31] como, por ejemplo, mediante su retractación ante el destinatario de la declaración. Para el desistimiento del **acuerdo** y de la **aceptación de un ofrecimiento** es necesario según el núm. 3 de la precitada norma que se evite el hecho. Para ello también puede bastar con la simple inactividad si, de acuerdo con la representación del que desiste, el hecho acordado no puede ser cometido sin él (BGH 32, 133 [134 ss.]); dicha pasividad también es suficiente si cada uno de los intervinientes desisten sin habérselo revelado a los demás (BGH JZ 1984, pág. 290, con comentario aprobatorio a ambas sentencias de *Kühl*, JZ 1984, pág. 292 y *Küper*, JR 1984, pág. 265). Si fracasa el desistimiento del acuerdo debido a que los otros intervinientes ejecutan el hecho el que desiste voluntariamente se responsabiliza como coautor o como cómplice (BGH 28, 346 [348 ss.]). De acuerdo con el § 31 II basta el esfuerzo serio y voluntario de impedir el delito si éste no se lleva a efecto sin su intervención (la tentativa de inducción fracasa sin su conocimiento) o si se comete con independencia de su comportamiento precedente (el inducido ya estaba decidido a cometer el delito)[32].

V. La subsidiariedad del § 30

La **punibilidad conforme al § 30 es subsidiaria** pues se trata de estadios previos de la participación (vid. *infra* § 69 II 2b). La disposición penal mencionada deja de aplicarse tan pronto como el delito planificado alcance como mínimo la fase de la tentativa[33]. Esto rige también cuando en la ejecución del hecho se ha ido más lejos de lo proyectado, pero no cuando el delito realizado es uno completamente distinto o mucho menos grave que el que se pretendía cometer. En este último caso hay que aceptar la existencia de un concurso ideal con el § 30[34].

---

[31] Asimismo, *Dreher/Tröndle*, § 31 núm. 5; *Lackner*, § 31 núm. 4; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 593. Sin embargo, la mera rectificación interna de la voluntad no es suficiente vid. *Bottke*, Rücktritt págs. 47 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 27/17; *LK (11.ª) (Roxin)* § 31 núm. 17; *Schönke/Schröder/Crarner*, § 31 núm. 8; *SK (Samson)* § 31 núm. 17.

[32] Vid., más detenidamente sobre la cuestión, *SK (Samson)* § 31 núms. 14 ss.; *Bottke*, Rücktritt págs. 59 ss.

[33] BGH 14, 378 (379); BGH NStZ 1983, pág. 364; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 594; *Blei*, Allg. Teil pág. 292; *Lackner*, § 30 núm. 10; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núms. 122 ss. antes del § 52; *LK (11.ª) (Roxin)* § 30 núm. 52; *Küper*, JZ 1979, pág. 782; *Maurach*, JZ 1961, pág. 145; *Schröder*, JuS 1967, págs. 294 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 30 núm. 38.

[34] En el mismo sentido se pronuncian ya la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria; vid. BGH 9, 131 con comentario aprobatorio de *Armin Kaufmann*, JZ 1956, pág. 607; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 594; *Dreher/Tröndle*, § 30 núm. 16; *Lackner*, § 30 núm. 10; *LK (11.ª) (Roxin)* § 30 núm. 54; *Preisendanz*, § 30 comentario núm. 5b; *Letzgus*, Vorstufen págs. 63 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 53 núm. 53; *Schröder*, JuS 1967, pág. 294; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 30 núm. 39; *Vogler*, Bockelmann-Festschrift pág. 725.

También se produce tal concurrencia cuando la tentativa de inducción supone, simultáneamente, la comisión de un delito distinto (BGH 6, 308 [311]).

Ejemplos: No se aplica el § 30 cuando el robo que fue promovido se comete realmente, incluso aunque haya intervenido una persona distinta de la primera a la que se instigó sin éxito (BGH 8, 38). Por el contrario, la inducción ineficaz a cometer perjurio concurre idealmente con una inducción a un falso testimonio sin juramento cuando al testigo, en contra de lo esperado, no se le toma juramento (BGH 9, 131 [134] desviándose de la BGH 1, 131 [135]). La punibilidad por un concierto delictivo (§ 30 II) no vuelve a surgir si los conspiradores desisten de la tentativa conforme al § 24 II (BGH 14, 378) (vid. *supra* § 65 IV 1).

Capítulo 5: Unidad y pluralidad de hechos punibles

Cuando concurren varias infracciones de la Ley surge la cuestión de si las consecuencias jurídicas deben ser calculadas por separado y luego ser sumadas (*principio de acumulación*) o si hay que aplicar un sistema menos estricto. Para ello se tienen en cuenta la agravación de la pena mayor (*principio de exasperación*), la imposición exclusiva de la pena que proceda aplicar de acuerdo con la Ley más gravemente infringida (*principio de absorción*), la conjunción de las conminaciones penales de las diferentes leyes vulneradas conducente a una conminación penal común (*principio de combinación*) y la determinación de una pena unitaria sin consideración al número de infracciones legales cometidas ni a la naturaleza de su concurrencia (*principio de la pena unitaria*)[1]. En el Derecho vigente se distinguen tres grupos de casos[2] [3]. Si *una* acción contraviene *la misma* ley penal sucesivas

[1] Más detalladamente acerca de los principios de la teoría del concurso *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núms. 3 ss. antes del § 52; *Jakobs*, Allg. Teil 31/9 (con añadiduras muy clarificadoras); *Geerds*, Konkurrenz págs. 452 ss.; *SK (Samson)* nota preliminar núms. 4 ss. antes del § 52; *Wegscheider*, Konkurrenz págs. 20 ss.

[2] La rúbrica del apartado "Consecuencias jurídicas del hecho" (antes del § 38) evidencia que nos situamos en un "punto de encuentro entre la teoría del delito y la teoría de las consecuencias del injusto" (*Wessels*, Allg. Teil núm. 751).

[3] Las propuestas de introducción del *principio de la pena unitaria* (vid. la 1.ª ed. de esta obra pág. 483) han sido asumidas, ciertamente, por el § 64 AE pero no por el E 1962 (vid. Fundamentación págs. 189 ss.) y tampoco por el Derecho vigente (vid. BT-Drucksache V/4094 pág. 25) (en relación con el Derecho extranjero vid. *infra* § 67 V). A favor de la pena unitaria *Rebmann*, Bengl-Festschrift págs. 105 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núms. 7 ss. antes del §

veces, entonces el autor es castigado una sola vez de acuerdo con la ley vulnerada en repetidas ocasiones (§ 52 I). Cuando *una* acción infringe *distintas* leyes penales los marcos punitivos de éstas se agrupan en una pena común de acuerdo con el principio de combinación (§ 52 II-IV). Si, por el contrario, *varias acciones* del mismo autor son enjuiciadas al mismo tiempo son aplicados parcialmente el principio de exasperación y el de acumulación (§§ 53-55). En un grupo más amplio de casos que no se encuentra regulado legalmente existe sólo en apariencia una contravención múltiple de la ley cuando, en realidad, de la relación entre las disposiciones penales concurrentes se deriva que sólo una es aplicable y que, frente a ésta, las demás ceden. El primer grupo de casos se denomina *concurso ideal*, el segundo *concurso real* y el tercero *concurso de leyes* (o, mejor, unidad de ley o concurso aparente)[4]. La Ley y la jurisprudencia utilizan para la concurrencia ideal el concepto de "unidad de hecho" (§ 52) y para el concurso real la expresión "pluralidad de hechos" (§ 53).

§ 66 Unidad de acción y pluralidad de acciones

Arzt, Die fortgesetzte Handlung geht-die Probleme bleiben, JZ 1994, pág. 1000; *Bindokat,* Zur Frage des prozessualen Tatbegriffs, GA 1967, pág. 362; *Blei,* Die natürliche Handlungseinheit, JA 1973, pág. 95; *Bringewat,* Fortsetzungstat und "in dubio pro reo", JuS 1970, pág. 329; *Bruns,* Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 317; *v. Buri,* Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1879; *Dahm,* Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931; *Doerr,* Das fortgesetzte Delikt, GS 71 (1908) Beilageheft; *el mismo,* Die Lehre vom fortgesetzten Delikt usw., Festgabe für R. v. Frank, Tomo II, 1930, pág. 210; *Graf zu Dohna,* Betrachtungen über das fortgesetzte Verbrechen, DStr 1942, pág. 19; *Fischer,* Entwicklungslinien der fortgesetzten Handlung, NStZ 1992, pág. 415; *Fleischer,* Die materiellrechtliche Bewältigung von Serienstraftaten, NJW 1979, pág. 248; *Geerds,* Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 18, 376, JZ 1964, pág. 593; *Geppert,* Grundzüge der Konkurrenzlehre, Jura 1982, 358; *el mismo,* Die "fortgesetzte Tat" im Spiegel jüngerer Rechtsprechung und neuerer Literatur, Jura 1993, 649; *Hartmann,* Die Entbehrlichkeit des fortgesetzten Delikts usw., 1977; *Hellmer,* Das Zusammentreffen von natürlicher Handlungs-und rechtlicher Tateinheit bei

52 (dudando); *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1208. Acerca de la pena unitaria en Derecho penal juvenil *Schaffstein/Beulke,* Jugendstrafrecht pág. 79.

[4] La expresión "concurso" proviene de la de "concursus delictorum" de la doctrina del Derecho común.

Verletzung höchstpersönlicher Interessen, GA 1956, pág. 65; *Herzberg,* Ne bis in idem — die Sperrwirkung des rechtskräftigen Strafurteils, JuS 1972, pág. 113; *v. Hippel,* Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen, ZStW 42 (1921) pág. 525; *Honig,* Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925; *Höpfner,* Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Tomo I, 1901; *Hruschka,* Der Begriff der "Tat" im Strafverfahrensrecht, JZ 1966, pág. 700; *Jähnke,* Grenzen des Fortsetzungszusammenhangs, GA 1989, pág. 376; *Jescheck,* Die Konkurrenz, ZStW 67 (1955) pág. 529; *Jung,* Die fortgesetzte Handlung 93 JuS 1989, pág. 289; *el mismo,* Zur Nachahmung empfohlen: Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung durch das Schweizer Bundesgericht, NJW 1994, pág. 916; *Kindhäuser,* Normverstoß und natürliche Handlungseinheit, JuS 1985, pág. 105; *J. Ch. Koch,* Institutiones juris criminalis, 9.ª ed. 1791; *E. W. Koch,* Zur fortgesetzten Fahrlässigkeitstat, NJW 1956, pág. 1267; *Kratzsch,* Die fortgesetzte Tat: eine Sonderform des Vorsatzdelikts, JR 1990, pág. 177; *Kühl,* Das leidige Thema der Konkurrenzen, JA 1978, pág. 475; *Maiwald,* Die natürliche Handlungseinheit, 1964; *el mismo,* Die Feststellung tatmehrheitlicher Deliktsbegehung, NJW 1978, pág. 300; *D.* y *U. Mann,* Materielle Rechtskraft und fortgesetzte Handlung, ZStW 75 (1963) pág. 251; *Marxen,* Der prozessuale Tatbegriff in der neueren Rechtsprechung, StV 1985, pág. 472; *Mezger,* Der Fortsetzungszusammenhang im Strafrecht, JW 1938, pág. 3265; *Mitsch,* Konkurrenzen im Strafrecht, JuS 1993, pág. 385; *Näf,* Das fortgesetzte Delikt ist abgeschafft, ZBJV 128 (1992) pág. 408; *Noll,* Tatbestand und Rechtswidrigkeit usw., ZStW 77 (1965) pág. 1; *Nowakowski,* Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrechensmenge, 1950; *Ostendorf,* Negative Folgen der Fortsetzungstat? DRiZ 1983, pág. 426; *Preiser,* Einheitsstrafe für eine Mehrheit gleichartiger Handlungen usw., ZStW 71 (1959) pág. 341; *Puppe,* Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; *la misma,* Funktion und Konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz, GA 1982, pág. 143; *la misma,* Anmerkung zu BGH vom 28.11.1984, JR 1985, pág. 245; *Rebmann,* Überlegungen zur Einheitsstrafe im Erwachsenenstrafrecht, Festschrift für Karl Bengl, 1984, pág. 99; *Roth-Stielow,* Kritisches zur fortgesetzten Handlung, NJW 1955, pág. 450; *Roxin,* Strafverfahrensrecht, 23.ª ed. 1993; *Rüping,* Beendigung der Tat und Beginn der Verjährung, GA 1985, pág. 437; *Schlosky,* Über Tateinheit und fortgesetztes Verbrechen, ZStW 61 (1942) pág. 245; *Schmidhäuser,* Über die strafrechtliche Konkurrenzlehre, 140 Jahre GA, 1993, pág. 191; *Eb. Schmidt,* Anmerkung zu OLG Bremen vom 4.5.1950, JZ 1951, pág. 21; *R. Schmitt,* Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 (1963) págs. 43, 179; *Schmoller,* Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts, 1988; *el mismo,* Zur aktuellen Diskussion um das "fortgesetzte Delikt", ÖRiZ 1989, pág. 232; *Schultz,* Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1964, ZBJV 102 (1966) pág. 41; *Stratenwerth,* Zum Verbrauch der Strafklage beim Fortsetzungszusammenhang, JuS 1962, pág. 220; *Stree,* In dubio pro reo, 1962; *el mismo,* Teilrechtskraft und fortgesetzte Tat, Festschrift für K. Engisch, 1969, pág. 671; *el mismo,* Probleme der fortgesetzten Tat, Festschrift für F.-W. Krause, 1990, pág. 404; *Struensee,* Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten, 1971; *Timpe,* Fortsetzungszusam-

menhang und Gesamtvorsatz, JA 1991, pág. 12; *Wahle,* Die sog. "Handlungseinheit durch Klammerwirkung", GA 1968, pág. 97; *Warda,* Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, JuS 1964, pág. 81; *el mismo,* Funktion und Grenzen der natürlichen Handlungseinheit, Festschrift für D. Oehler, 1985, pág. 241; *Wegscheider,* Echte und scheinbare Konkurrenz, 1980; *Werle,* Die Konkurrenz bei Dauerdelikt usw., 1981; *Wolter,* Normative Handlungseinheit usw., StV 1986, pág. 315.

El punto de partida de la teoría del concurso es la **distinción entre unidad de acción y pluralidad de acciones** puesto que sobre la misma se estructura la diferenciación entre las consecuencias jurídicas previstas en el § 52 y las que lo están en el § 53[5]. En torno a tal distinción hay que subrayar que el concepto jurídico-material de la "*unidad de acción*" y el jurídico-procesal del "*hecho*" en el sentido del § 264 StPO son independientes uno del otro (RG 24, 370 [372]; BGH 10, 396 [397]; 23, 141 [144 ss.]; 32, 215 [216])[6]. Con el § 264 StPO se alude al suceso histórico en su totalidad que sirve de base al proceso penal.

I. Origen y criterios de los conceptos de unidad de acción y pluralidad de acciones

1. La estructuración de la teoría del concurso de acuerdo con los dos conceptos básicos de unidad de acción y pluralidad de acciones se remonta a la Ciencia jurídico-penal del Derecho común. Aquí ha sido *J. Ch. Koch*[7] quien ha sentado las bases para el

[5] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 252; *Geppert,* Jura 1982, pág. 361; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 54 núm. 10; *Mitsch,* JuS 1993, págs. 385 ss.; *Lackner,* nota preliminar núm. 2 antes del § 52; *LK (11.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 2 antes del § 52; *R. Schmitt,* ZStW 75 (1963) pág. 46; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 10 antes del § 52; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 1207 ss.; *Warda,* JuS 1964, pág. 82; *Wessels,* Allg. Teil núm. 753. Disiente de modo sustancial *Puppe,* Idealkonkurrenz págs. 170 ss., 282 ss. 1982, 151 ss., quien no parte del concepto de acción sino de "la afinidad del injusto de los tipos infringidos" y del "periodo de tiempo relevante de la vida del autor". En contra de esta visión habla sobre todo la inseguridad de ambos conceptos y el hecho de que esta teoría no es compatible con el § 52. En torno a su crítica vid. *Werle,* Konkurrenz págs. 119 ss.; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 16a y b antes del § 52; *Jakobs,* Allg. Teil 31/16 nota a pie núm. 18; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 54 núm. 25. De modo diverso también al de la doctrina mayoritaria *Schmidhäuser,* 140 Jahre GA 1993, págs. 201 ss., quien parte de la cuestión relativa al número de hechos punibles.

[6] Más detalladamente acerca del concepto jurídico-procesal, *Löwe/Rosenberg (Gollwitzer)* 24.ª ed. § 264 StPO núms. 4 ss.; *Roxin,* Strafverfahrensrecht § 20 núms. 5 ss.; *Bindokat,* GA 1967, págs. 362 ss.; *Hruschka,* JZ 1966, págs. 700 ss.; *Marxen,* StV 1985, págs. 472 ss.

[7] Vid. *J. Ch. Koch,* Institutiones juris criminalis § 24. Por el contrario, la teoría y práctica italiana de finales de la Edad Media siguió en la mayoría de las ocasiones el principio acumulativo en correspondencia con el número de resultados y de acciones punibles; no obstante, los tipos

desarrollo posterior por medio de la distinción entre *concursus simultaneus* (unidad de acción), concursus succesivus (pluralidad de acciones) y concursus continuatus (delito continuado), y de la solución de estos casos de acuerdo, respectivamente, con los principios de absorción, de exasperación y de unidad. La distinción entre el concurso ideal y real se encuentra ya en todos los Códigos penales particulares germánicos del siglo XIX, pasando por el StGB prusiano de 1851[8], y siendo finalmente acogida sin profundas modificaciones por el RStGB de 1871. La regulación de los problemas concursales es, por tanto, una de las partes más añejas del Derecho penal vigente pues también ha sobrevivido sin modificaciones esenciales a la tormenta de la gran reforma operada en 1975.

2. El comportamiento humano se compone de una serie continua de acciones y omisiones. Por ello surge la cuestión de conforme a qué **criterios** hay que descomponer en partes este proceso como para poder ser consideradas como unidades de acción o, en su caso, pluralidades de acciones. Un desglose en pequeñas piezas de acuerdo con el número de inervaciones musculares (unidad de acción fisiológica) no tendría evidentemente ningún sentido, ya que para el punto de vista jurídico aquí demandado carece de utilidad la descomposición del comportamiento humano en fracciones minúsculas conforme a un criterio médico. La vieja distinción basada en el número de *resultados* acaecidos está hoy ya abandonada puesto que una pluralidad de los mismos, incluso aunque menoscaben bienes jurídicos personalísimos, pueden ser provocados por una única actuación de la voluntad y, en ese caso, sólo es aceptable una acción (BGH 1, 20; 6, 81 [82]; 16, 397; RG 70, 26 [31])[9]. Tampoco el número de *tipos* realizados puede ser decisivo dado que el § 52 parte precisamente de que pueden ser cometidas varias infracciones legales por medio de una acción. Igualmente, el *concepto de acción* jurídico-penal tampoco es productivo para la solución del problema pues allí sólo se trata de la comprobación de las exigencias mínimas que por lo general el comportamiento humano debe cumplir para ser accesible a la valoración penal (vid. *supra* § 23 VI 3).

---

concretos de concursos se encontraban ya también en los criminalistas italianos; vid. *Dahm*, Das Strafrecht Italiens im ausgchenden Mittelalter págs. 237 ss. Sobre todo ello también *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren págs. 212 ss., 218 ss.

[8] Vid. al respecto *Goltdammer*, Materialen Tomo I págs. 447 ss., 453 ss.

[9] Vid. *Warda*, JuS 1964, pág. 82; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 26; *Welzel*, Lehrbuch pág. 318; *Wessels*, Allg. Teil núm. 758. Con otra opinión para el caso de la muerte de varias personas por medio de una acción (verbigracia, a través de un atentado con explosivos), *Eb. Schmidt*, JZ 1951, pág. 22; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 654; *Geerds*, Konkurrenz págs. 272 ss. En contra, con razón, *LK (10.ª)(Vogler)* § 52 núm. 35. Vid también la BayObLG NJW 1984, pág. 68.

3. Para la determinación del concepto de acción de la teoría del concurso la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria se basan sobre la **concepción natural de la vida**[10]. Una multitud de componentes del curso de un acontecimiento que sean separables externamente deben configurar de este modo una unidad de acción, cuando los distintos actos parciales se apoyan sobre una resolución unitaria de la voluntad y se encuentran en una relación temporal y espacial tan estrecha que son percibidos como una unidad por un observador ajeno[11].

Ejemplos: Según ello, las acciones sexuales que se comente con o ante un niño en la misma ocasión son una acción unitaria (BGH 1, 168 [170]); lo mismo habría que decir respecto al secuestro (no así respecto al allanamiento de morada), a la violación que tiene lugar inmediatamente después del hecho (BGH 18, 29 [32 ss.]), a los distintos delitos que se cometen huyendo de la policía (BGH 22, 67[76]; BGH VRS 65, 428) o a los diversos disparos que se realizan a diferentes personas (BGH NZ 1985, pág. 250). A pesar del abandono provisional del dolo de hurtar existe una acción unitaria cuando tras finalizar la interrupción provocada por la policía se sigue ejecutando el hecho (BGH 4, 219). Existe también unidad de acción en varias acciones homicidas que se cometen sobre la misma víctima aunque se sucedan durante un largo periodo de tiempo (BGH NJW 1990, pág. 2896). Hay que aceptar asimismo unidad de acción cuando se produce un cambio en la elección del medio homicida allí donde el autor, tras un primer fracaso inesperado, busca realizar de otra forma lo antes posible su resolución delictiva (BGH 10, 129). Por el contrario, las acciones abortivas emprendidas en distintos momentos sobre la misma mujer no deben dar lugar a una unidad de acción (RG 58, 113 [116 ss.]). La pluralidad de hechos concurre también en una inducción a un hurto y la consiguiente receptación de la cosa (BGH 22, 206 [209]), así como en las lesiones corporales y el homicidio de la víctima que se ejecuta inmediatamente después (BGH NJW 1984, pág. 1568).

Sin embargo, la fórmula de la "concepción natural de la vida" no conduce a ningún lado sino que, más bien, oculta las verdaderas razones para la aceptación de la existencia de *una* acción como objeto del enjuiciamiento. Y ello porque ni

---

[10] El concepto de "acción en sentido natural" hay que distinguirlo del concepto de "unidad natural de acción" (vid. *infra* § 66 III); vid. *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 8 antes del § 52; *Kühl*, Jura 1978, pág. 478; *el mismo*, Allg. Teil § 21 núms. 10 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 11 antes del § 52.

[11] Vid. *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 653 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 2 antes del § 52; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 8 antes del § 52; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 11 antes del § 52; *Warda*, JuS 1964, pág. 83. Por el contrario, *Blei*, Allg. Teil págs. 342 ss., sólo atiende al número de actos de la voluntad y *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 407, lo hace sólo a la resolución unitaria de la voluntad. Acertadamente críticos frente a la teoría de la concepción natural de la vida, *Geerds*, Konkurrenz págs. 244 ss.; *Kühl*, Allg. Teil § 21 núm. 17; *Puppe*, GA 1982, págs. 163 ss.; *Kindhäuser*, JuS 1985, pág. 105.

hay unidades sociales de acción de naturaleza prejurídica a las que el punto de vista normativo pueda referirse sin más, ni tampoco puede ser determinante la unidad del plan del autor[12] en la medida en que de una resolución delictiva unitaria pueden originarse muchos actos individuales que, ya por motivos de justicia, no pueden ser contraídos a una unidad de acción (por ejemplo, hurto del arma homicida, muerte de la víctima y robo de un vehículo para la huida). Decisivo para la delimitación sólo puede ser, más bien, el **sentido de los correspondientes tipos legales infringidos** tal y como es deducible por vía interpretativa[13].

II. La unidad típica de acción en sentido estricto

A menudo la aceptación de la unidad de acción se deriva ya de la propia y simple realización del tipo.

1. Una acción unitaria es siempre el **cumplimiento de los presupuestos mínimos del tipo legal**, aunque también se pueda fraccionar el comportamiento típico en varios actos individuales desde un punto de vista puramente fáctico (y así, es una acción en el sentido del § 218 I la que se compone de numerosos actos individuales para la realización de un aborto)[14].

2. Existe además *una* acción cuando el propio tipo presupone la realización de varios actos individuales (**delitos de varios actos**, vid. *supra* § 26 II 5). De este modo es una acción en el sentido del § 177 el uso de la violencia y la práctica del coito extramatrimonial[15]; es una acción en el sentido del § 307 núm. 3 el incendio y la destrucción de los extintores. Aún cuando el segundo acto sólo aparece en el tipo como *elemento subjetivo del injusto* (intención) es aceptada una única acción en el supuesto de que se lleve a cabo realmente (es una acción en

[12] En este sentido, sin embargo, la que por una gran parte de la praxis (vid., por ejemplo, BGH VRS 28, 359 [361]; VRS 48, 191; BGH 22, 67 [76 ss.]) es considerada como una concepción característica de *Schlosky*, ZStW 61 (1942) pág. 257. Estando ya en contra de aceptar que la unidad de acción pueda ser generada por el plan del autor, *v. Buri*, Einheit und Mehrheit der Verbrechen pág. 37. Igualmente, *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 10 antes del § 52; *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit págs. 68 ss.; *el mismo*, NJW 1978, págs. 301 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 24 antes del § 52.

[13] Así, *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 14 antes del § 52; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 54 núm. 38.

[14] Vid. *Blei*, Allg. Teil pág. 346; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 15 antes del § 52; *Geerds*, Konkurrenz pág. 264; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963) pág. 46.

[15] Téngase en cuenta la actual redacción del § 177 que ya no discrimina la acción típica por la naturaleza del coito (matrimonial o extramatrimonial) (N del T).

el sentido del § 267 la falsificación de un documento y la utilización del mismo dirigido al engaño)[16].

3. Finalmente, el **delito permanente** viene también a constituir una unidad típica de acción en sentido estricto. A través de aquél se crea una situación antijurídica que el autor mantiene y con cuya continuación el tipo se sigue realizando ininterrumpidamente (vid. *supra* § 26 II 1a)[17]. Este es el caso, por ejemplo, del allanamiento de morada (§ 123), de la infracción del deber de asistencia (§ 170d[18]), de la detención ilegal (§ 239) de la puesta en peligro del transporte mediante la colocación de obstáculos en la vía (§ 315b I núm. 2), incluso aunque sean distintas personas las que sucesivamente se ponen en peligro (BGH 22, 67 [71 ss.]), de la conducción bajo los efectos de la embriaguez, aún cuando se hayan originado diversos peligros concretos (BGH StV 1989, pág. 154) y en la conducción sin el permiso para ello (§ 21 I núm. 1 StVG). La creación de la situación antijurídica, junto con todos los actos que sirven a la misma, configuran una acción unitaria (por ejemplo, el encierro y el esposamiento de la víctima en el § 239) (vid. *infra* § 67 III 2).

III. La unidad típica de acción en sentido amplio

En otros casos también hay que aceptar la unidad de acción, de conformidad con la disposición penal correspondiente, cuando el autor va más allá de la simple realización del tipo (*unidad natural de acción*).

1. Aquí hay que tener en cuenta, en primer lugar, la **comisión reiterada** del mismo tipo penal que se sucede en un corto espacio de tiempo. Muchas disposiciones penales incluyen ya en la descripción de la acción un número indeterminado de actos individuales; así sucede, por ejemplo, en las actividades de espionaje (§§ 98, 99), en la falsificación de moneda (§ 146), en la ejecución de acciones sexuales (§§ 174 ss.)(BGH 1, 168), en el acoso (§ 292) o en la riña tumultuaria

---

[16] Vid. *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 16 antes del § 52; *Geppert*, Jura 1982, pág. 362; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 54 núm. 47; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 14 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 23 antes del § 52; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1211; *Welzel*, Lehrbuch pág. 225; *Warda*, JuS 1964, págs. 84 ss.; *Wessels*, Allg. Teil núm. 760.

[17] Vid. *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 54 núms. 55 ss.; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núms. 17 ss. antes del § 52; *Blei*, Allg. Teil pág. 346; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 41 antes del § 52; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 81 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núms. 26 ss. antes del § 52; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1218.

[18] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 171 (N del T).

(§ 227)[19]. Pero, en segundo lugar, también entra en consideración la unidad de acción ante el cumplimiento repetido del tipo aún cuando éste no lo prevea expresamente; este es el caso, verbigracia, de la redacción y envío de un escrito con diversas injurias (RG 34, 134 [135]), de la inducción a distintos autores a través de una conversación común (RG 70, 26 [31]), de la ejecución de un hurto a través de una pluralidad de acciones de sustracción (BGH 10, 230) y de la injuria llevada a cabo por medio de varios insultos[20]. Presupuesto para la aceptación de unidad de acción en estos casos es que la infracción del bien jurídico mediante la múltiple repetición del tipo experimente sólo un aumento cuantitativo (injusto unitario) y que el hecho, además, descanse sobre una situación motivacional unitaria (culpabilidad unitaria)[21]. La unidad natural de acción no queda excluida por el hecho de que sean lesionados *bienes jurídicos personalísimos* con diferentes titulares (BGH 1, 20 [22]; RG 27, 19 [21])[22].

2. Puede concurrir además unidad de acción en la **realización continuada del tipo** por medio de una serie de actos individuales con los que el autor se aproxima poco a poco al resultado típico[23]. Este es el supuesto, por ejemplo, del paso de la tentativa a la consumación en la ejecución la ejecución en dos etapas de un robo con fuerza (BGH 4, 219), del tráfico de estupefacientes de acuerdo con el § 29 I núm. BtMG (BGH 25, 290) y del cambio en el modo de ejecución de un homicidio doloso (BGH 10, 129; BGH NJW 1967, pág. 60). Determinante para la aceptación de una unidad de acción es, asimismo, la permanencia del mismo contexto motivacional en una situación fáctica unitaria[24]. En el cambio que opera

---

[19] Vid. *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 30 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 25 antes del § 52.

[20] Vid. *Binding*, Handbuch pág. 544; *Doerr*, GS 72 (1908) Beilageheft pág. 86; *Honig*, Studien págs. 77 ss.; *Höpfner*, Einheit und Mehrheit págs. 222 ss.; *Kohlrausch/Lange*, nota preliminar núm. II antes del § 73; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 31 antes del § 52; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 17 antes del § 52; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1214, 1216; *Warda*, JuS 1964, pág. 84.

[21] Así, acertadamente, *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit págs. 7 ss.; *SK (Samson)* nota preliminar núms. 28 ss. antes del § 52; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1216.

[22] Asimismo, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 253; *Blei*, Allg. Teil págs. 344 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 2c antes del § 52; *Hellmer*, GA 1956, pág. 68; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núms. 32 ss. antes del § 52. De otra opinión *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit pág. 81; *el mismo*, NJW 1978, pág. 302; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 29 antes del § 52.

[23] *Jakobs*, Allg. Teil 32/6 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 34 antes del § 52.

[24] Así, *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit pág. 90. Acerca de la interrupción de la unidad de acción a través del momento de la "disuasión ética" derivada de una condena vid. *v. Bar*, Gesetz und Schuld Tomo III pág. 564; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 19 antes del § 52.

del dolo de lesionar al de matar queda excluida la unidad natural de acción (BGH NJW 1984, pág. 1568; StV 1986, pág. 293); lo mismo sucede cuando tiene lugar la extensión del dolo a una segunda víctima (BGH NJW 1977, pág. 2321).

3. La *jurisprudencia* se niega a *extender* el concepto de unidad natural de acción. Son incluidos, por ejemplo, casos en los que las distintas acciones son emprendidas simultáneamente, allí donde entre las mismas existe una estrecha relación espacio-temporal o en el caso en que aquéllas se ejecutan para la consecución de una finalidad unitaria (vid., verbigracia, RG 11, 355 [359]; OLG Celle SJZ 1947, pág. 272; OLG Bremen JR 1953, pág. 388; BGH *Dallinger*, MDR 1973, pág. 17; JZ 1985, pág. 250; VRS 66, pág. 20; 57, pág. 277); esto sucede también con la concurrencia de varias infracciones administrativas imprudentes (BayObLG wistra 1982, pág. 38). No obstante, hay que rechazar una "unidad natural de acción" que vaya más allá de los grupos de casos anteriormente citados[25]. El RG ha contradicho repetidas veces la tendencia de los tribunales inferiores a su extensión aunque sin poder detener su avance. Y así, el propio BGH se ha conformado con una voluntad unitaria de fuga del autor, determinante de una unidad de acción, en un caso donde aquél huye tras un accidente empleando violencia contra la policía y cometiendo varios delitos que se encontraban materialmente bastante alejados entre sí (BGH 22, 67 [76 ss.]; BGH VRS 28, 359 [361]; restringidamente VRS 48, 191; OLG Koblenz VRS 47, pág. 341). Por su parte, los "delitos de masas" no configuran una unidad de acción (BGH 1, 219 [221]).

IV. Unidad de acción y pluralidad de acciones en los delitos imprudentes y de omisión

En los hechos imprudentes y omisivos surgen algunas especialidades para la aceptación de la unidad de acción o pluralidad de acciones.

1. En los *delitos imprudentes de resultado* existe siempre unidad de acción cuando el resultado típico sólo ha acontecido en una ocasión, no obstante basarse aquél sobre varias infracciones del deber de cuidado (BGH VRS 9, pág. 353). Si, por el contrario, acaecen varios resultados típicos o un mismo resultado varias veces, hay que atender a si el autor ha estado nuevamente en situación de cumplir con el mandato de diligencia en el intervalo que media entre el advenimiento

[25] simismo, *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núms. 22 ss. antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 21 antes del § 52; *Jakobs*, Allg. Teil 32/35; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 54 núms. 34 ss.; *Blei*, Allg. Teil págs. 347 ss.; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963) pág. 58; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1217; *Warda*, Oehler-Festschrift pág. 261; *Wessels*, Allg. Teil núm. 765. A favor de la introducción de una "unidad normativa de acción" *Wolter*, StV 1986, pág. 320. Rechazando completamente la unidad natural de acción *Kindhäuser*, JuS 1985, pág. 105.

de los distintos resultados. Por ejemplo, hay que aceptar unidad de acción si el vehículo del autor patina e inmediatamente lesiona a varias personas sucesivamente (BayObLG NJW 1984, pág. 68); pluralidad de acciones, en cambio, cuando el autor, por medio de su inobservancia del deber de aseguramiento del tráfico, provoca tres accidentes a través de un largo intervalo de tiempo (RG 16, 290)[26]. En los *delitos imprudentes de actividad* debe atenderse, asimismo, a si el autor se encontró nuevamente en la situación de poder cumplir con el mandato de diligencia en el espacio que medió entre los distintos actos parciales. Y así, existe pluralidad de acciones ante múltiples infracciones imprudentes contra las disposiciones sobre precios (RG 53, 226 [227])[27].

2. En los *delitos de omisión* hay que proceder con los mismos principios[28]. Si, contrariamente a su deber de garante, el autor omite evitar varios resultados típicos (*delito de omisión impropia*) entonces hay que aceptar *una* omisión si por medio de una sola acción habría podido evitar todos aquéllos. En cambio, concurren *varias* omisiones si tras el acaecimiento de uno de los resultados hubiera sido todavía posible el impedimento de los otros. De este modo, concurre una pluralidad de omisiones ante la infracción del deber de manutención frente a varios legitimados a su percepción (BGH 18, 376 [379]; BayObLG NJW 1960, pág. 1730). Si en un *delito de omisión propia* el autor se abstiene simultáneamente de cumplir con varios mandatos de acción, entonces habrá que aceptar una pluralidad de omisiones si pudieron observarse sucesivamente los distintos deberes de intervención (RG 76, 140 [144]; BGH JR 1985, pág. 244)[29].

V. El delito continuado

1. La reunión de una pluralidad de actos individuales en una unidad de acción por medio de la interpretación del tipo sólo es posible dentro de unos límites relativamente estrechos. De esta forma no está resuelto un caso frecuente basado en una relación meramente fáctica y que ha sido denominado como "multiplicidad de delitos

[26] Vid. *Höpfner,* Einheit und Mehrheit pág. 250; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 254; *Maiwald,* Natürliche Handlungseinheit pág. 111; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 42 antes del § 52.

[27] Vid. *Maiwald,* Natürliche Handlungseinheit pág. 112.

[28] Críticamente al respecto, desde su punto de vista disidente *Puppe,* JR 1985, págs. 246 ss.

[29] Sobre todo ello vid. *Geerds,* Konkurrenz págs. 262 ss.; *Höpfner,* Einheit und Mehrheit págs. 164 ss.; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núms. 40 ss. antes del § 52; *Maiwald,* Natürliche Handlungseinheit págs. 105 ss.; *Herzberg,* MDR 1971, pág. 883; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 28 antes del § 52; *Struensee,* Konkurrenz págs. 37 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 762.

homogéneos"[30]. Aquí se trata de "que a la misma persona se le hace responsable de una multitud de hechos que caen dentro del mismo tipo delictivo, cuya averiguación y tratamiento procesal individualizado es imposible y carece de sentido". En estos casos, a través de la aceptación de una "**unidad jurídica de acción**", la jurisprudencia se ha esforzado en evitar tanto la obligación de comprobar todos los actos individuales como la aplicación de las reglas del concurso real (§§ 53 ss.) (RG 70, 243 [244]: un trabajo tedioso, superfluo e impresionante"; más prudentemente, sin embargo, BGH 5, 136 [138]). A este fin ha estado supeditada hasta el momento el **delito continuado**[31]. Sin embargo, frente a las ventajas prácticas de esta ayuda se encuentran considerables *desventajas* político-criminales (BGH 36, 106 [109 ss.]): A consecuencia de la no aplicación del § 54 el marco punitivo es más estrecho que en la pluralidad de hechos, algo que trae por consecuencia una benevolencia inoportuna; la determinación de la pena pierde en exactitud y verificabilidad pues no se impone ninguna pena de modo individualizado; se restringe la posibilidad de aplicar la custodia de seguridad de acuerdo con el § 66 II; el efecto de cosa juzgada también excluye la persecución posterior cuando partes esenciales del hecho son descubiertas ulteriormente (RG 70, 243; BGH NStZ 1982, pág. 213); se retrasa el comienzo de la prescripción[32] (BGH 1, 84 [91 ss.]; BGH JZ 1985, pág. 352; algo diverso sucede sólo en los delitos referidos a la libertad de prensa BGH 27, 18 [22])[33]. Por otra parte, la propia praxis, bajo la naturaleza parcialmente ficticia y la cuestionabilidad de los elementos del delito continuado, tampoco experimenta un efecto real de descarga de trabajo pues los actos individuales que integran aquél deben ser aclarados de todos modos (BGH StV 1982, pág. 17; 1984, pág. 363), y la fijación de las penas individuales no supondrían en consecuencia un esfuerzo mucho mayor. No es por ello casualidad que se hayan incrementado las voces favorables a la renuncia al criterio del delito continuado [34].

---

[30] Así, *Nowakowski*, Fortgesetztes Verbrechen pág. 51. Acerca de la problemática de la criminalidad en serie en la economía *Fleischer*, NJW 1979, pág. 250.

[31] Sobre ello vid. *Graf zu Dohna*, DStr 1942, pág. 21; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 54 núms. 59 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núms. 25 ss. antes del § 52; *Geppert*, Jura 1982, págs. 363 ss.; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núms. 44 ss. antes del § 52; *Lackner*, nota preliminar núms. 12 ss. antes del § 52; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núms. 30 ss. antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núms. 33 ss. antes del § 52.

[32] En contra, sin embargo, *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 33 antes del § 52; *Ostendorf*, DriZ 1983, pág. 429; *Rüping*, GA 1985, págs. 443 ss.; *Noll*, ZStW 77 (1965) pág. 4.

[33] Vid. *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 40 antes del § 52; *Wessels*, Allg. Teil núm. 771.

[34] Así, *Hartmann*, Die Entbehrlichkeit des fortgesetzten Delikts, 1977; *Fischer*, NStZ 1992, pág. 415; *Jakobs*, Allg. Teil 32/50; *Jähnke*, GA 1989, págs. 376 ss.; *Jung*, JuS 1989, págs. 289 ss.; *Jescheck*, ZStW 75 (1963) págs. 553 ss.; *Preiser*, ZStW 71 (1959) págs. 383 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil págs. 728 ss.; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963) págs. 59 ss.; *Schlutz*, ZBJV 102 (1966) pág. 55; *Timpe*, JA 1991, pág. 12; *Schmoller*, ÖriZ 1989, págs. 232 ss.; *Wahle*, GA 1968, pág. 109; sin embargo, a favor de su mantenimiento *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 47 antes del

2. En atención a la totalidad de las razones que hablan en contra del reconocimiento del delito continuado como "unidad jurídica de acción", el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal ha resuelto escuetamente que, en todo caso, respecto al ámbito de la estafa (§ 263) y del abuso sexual (§§ 173, 174, 176) —a ellos se refieren los modelos de las Secciones 2.ª y 3.ª de la Sala de lo Penal de acuerdo con el § 132 IV GVG— **no podrá seguir aplicándose la jurisprudencia relativa al delito continuado** (BGH-GS 40, 138)[35]. En relación con otros tipos penales el Pleno de la Sala de lo Penal se ha limitado a declarar que las disposiciones legales sobre pluralidad de hechos son suficientes para poder abarcar en la determinación de la pena los hechos homogéneos cometidos de acuerdo con su desvalor global. De ahí que el regreso a la figura jurídica de la relación continuada sólo puede ser una rara excepción[36]. En atención a la imprecisión de sus elementos conceptuales y sus efectos perniciosos para la justicia en la determinación de la pena y en la prescripción, cuestiones sobre las que fundamentalmente descansa la decisión del Pleno de la Sala, en el futuro sólo debería contarse con el entendimiento más restringido del delito continuado. Entretanto, la BGH 40, 195 también ha rechazado la aplicación del delito continuado a la defraudación de impuestos. Las consecuencias que comporta la desaparición del delito continuado para la prescripción se evidencian en la BGH NJW 1994, pág. 2966 (los actos individuales sucedidos tiempo atrás prescriben mucho antes que el delito continuado en su totalidad).

3. A pesar del gran significado práctico que hasta ahora le ha correspondido esta figura jurídica los *requisitos del delito continuado* no están de ningún modo completamente aclarados. Dependiendo de si se pensaba más en sus ventajas o en sus desventajas, aquéllos fueros configurados, respectivamente, bien de un modo más amplio o bien de una forma más restringida.

a) Objetivamente necesario es, en primer lugar, la **homogeneidad de la forma de comisión** (unidad del injusto objetivo de acción). Ello supone que las disposiciones penales que se infringen a través de los actos individuales deben basarse materialmente

§ 52; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 54 núm. 78 (sustitución del dolo global por un dolo continuado); sólo en cuanto a las consecuencias beneficiosas para el autor, *Ostendorf*, DriZ 1983, pág. 431; próximo a una notable restricción *Kratzsch*, JR 1990, págs. 177 ss. Suministrando una vista panorámica del reciente estado de la cuestión, *Geppert*, Jura 1993, págs. 649 ss.

[35] Con anterioridad el Tribunal Federal suizo había abandonado la figura jurídica del delito continuado (BGE 116 IV 121 [1990]; 117 IV 408 [1991]). Mostrando su aprobación *Näf*, ZBJV 128 (1992) pág. 408; *Jung*, NJW 1994, pág. 916. Escéptico en relación con las consecuencias de la desaparición del delito continuado *Arzt*, JZ 1994, págs. 1000 ss.

[36] Sobre la cuestión *Jähnke*, GA 1989, págs. 390 ss.

sobre la misma norma y que también, esencialmente, el curso del hecho debe presentar los mismos requisitos externos e internos. Por ejemplo, la relación continuada es posible entre hurto simple y agravado (RG 53, 262 [263]; BGH MDR 1967, pág. 13); entre la sustracción de instrumentos para el robo y su ejecución (OLG Düsseldorf JZ 1984, pág. 1000); entre las lesiones corporales básicas y las agravadas por su peligrosidad (RG 57, 81); entre la extorsión básica y el robo con extorsión (BGH 22, 90 [94]); no, en cambio, entre hurto y apropiación indebida (RG 58, 228 [229]; BGH GA 1962, pág. 78) o entre el hurto básico y el robo (BGH *Dallinger* MDR 1973, pág. 554). La homogeneidad no queda excluida cuando el acto individual es cometido en parte como forma de tentativa y, en parte también, como hecho consumado (BGH *Dallinger* MDR 1975, pág. 542); sí lo está, en cambio, cuando coinciden un hacer positivo y una omisión (RG 68, 315 [317]; de otra opinión, BGH 30, 207 [211 ss.]). Finalmente, la homogeneidad de la forma comisiva presupone una cierta relación espacial y temporal.

b) Además, los actos individuales deben menoscabar el **mismo bien jurídico** (unidad del injusto de resultado). Si se trata de *bienes jurídicos personalísimos* entonces está excluido el delito continuado si las diferentes acciones particulares se dirigen contra distintos titulares del bien jurídico (RG 70, 243 [245]; BGH NStZ 1984, pág. 311: homicidio de varias personas; en otro sentido si se aprecia unidad natural de acción, BGH JZ 1985, pág. 250; RG 53, 274: abuso sexual sobre distintos niños; BGH 18, 26 [28]: violación de varias mujeres; BGH 26, 24 [26]: coacción a distintas personas). Esta restricción se fundamenta en que con los bienes jurídicos personalísimos el injusto de acción, el de resultado y también el contenido de culpabilidad referidos a cada acto individual deben ser comprobados y valorados en la sentencia de forma separada.

c) Para la delimitación del delito continuado es determinante el **carácter unitario del dolo** (unidad del injusto personal de acción). La jurisprudencia exige un auténtico *dolo global* que debe comprender el resultado global del hecho en sus rasgos esenciales, de acuerdo con el lugar, el tiempo, la persona del ofendido y la forma de su comisión, de modo que los actos individuales se presenten sólo como una realización sucesiva de un todo querido unitariamente (RG 66, 45 [47]; BGH 1, 313 [315]; 16, 124 [128]; 19, 323; 21, 319 [322]; 26, 4 [7 ss.]; 37, 45 [47 ss.]; 38, 165 [166 ss.]; BGH StV 1990, pág. 494; OLG Köln GA 1975, pág. 123) que tenga lugar, como máximo, durante la ejecución del último acto parcial (BGH 23, 33 [35]; BGH JZ 1984, pág. 55; NStZ 1985, pág. 407)[37]. Esta concepción relativa estrecha del delito continuado merece aprobación pues

[37] Así también *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 667 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 256; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núms. 26 ss. antes del § 52; *Preisendanz,* nota preliminar núm. IV 1 antes del § 52; *v. Weber,* Grundriß p.100; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núms. 57 ss. antes del § 52; *Lackner,* nota preliminar núm. 15 antes del § 52; *Wessels,* Allg. Teil núm. 770. Críticamente al respecto *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 1229 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 32/44. Las objeciones al dolo global alegadas por *Preiser,* ZStW 71 (1959) pág. 346; *Maurach/Gössel/*

en la Ley falta el más mínimo punto de apoyo por el que se confiera al juez la posibilidad de convertir varios hechos en uno sólo si, como mínimo, éstos no están unidos por un vínculo subjetivo que los sustente. Sin embargo, no hay que olvidar que un dolo global en sentido estricto sucede raras veces en la realidad, motivo éste por el cual los tribunales se ven obligados a formular fundamentaciones artificiales si se pretende suministrar al delito continuado algún significado práctico[38].

Por estos motivos la doctrina se conforma a menudo con un *dolo continuado* comprendido criminológicamente que se presente como el fracaso psíquico, siempre homogéneo, del autor en la misma situación fáctica[39]. En parte, también fue defendida una *teoría puramente objetiva* del delito continuado que atendía exclusivamente a los elementos externos de la homogeneidad de la forma comisiva y el bien jurídico, a la relación temporal de los actos individuales y al aprovechamiento de una misma ocación[40].

Ejemplos: Para integrar varias estafas en un delito continuado el dolo debe haber estado dirigido desde un comienzo a la totalidad de los distintos perjuicios patrimoniales; no es por ello bastante con una resolución delictiva adoptada de modo general para cometer todas las estafas posibles de una clase determinada (RG 44, 392 [396]) o destinada a robar al mayor número posible de viandantes (BGH MDR 1972, pág. 752). Existe un dolo global si el autor ha concebido la resolución de sustraer de un taller determinado, aprovechando la existencia de condiciones favorables, el mayor número posible de bicicle-

Zipf, Allg. Teil II § 54 núms. 76, 79; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 52 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 44 antes del § 52, no son convincentes pues una unidad de acción que fuera aceptada por puras razones pragmáticas (destinada simplificar el trabajo de la Justicia) sin consideración a los diferentes contenidos de lo injusto y de la culpabilidad, estaría privada de una fundamentación jurídica.

[38] No se comprende por qué aquí no debe regir el principio "in dubio pro reo", tal y como es aceptado por la propia jurisprudencia (vid. BGH 23, 33 [35]; BGH MDR 1980, pág. 984; NStZ 1983, pág. 311; asimismo, *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 28 antes del § 52; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II 5 54 núm. 73); correctamente, *Lackner,* nota preliminar núm. 15c antes del § 52; *Schönke/Schröder/Cramer,* nota preliminar núm. 63 antes del § 52; *Stree,* In dubio pro reo págs. 24 ss.; *el mismo,* Krause-Festschrift pág. 404; *Bringewat,* JuS 1970, 331, con referencias bibliográficas.

[39] Así, *Blei,* Allg. Teil págs. 354 ss.; *v. Hippel,* Tomo II pág. 542; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II 54 núm. 78; *Mezger,* JW 1938, pág. 3268; *Roth-Stielow,* NJW 1955, pág. 451; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 52 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 44 antes del § 52; *Eb. Schmidt,* SJZ 1950, pág. 286; *Welzel,* Lehrbuch pág. 229; *Göhler,* nota preliminar núm. 14 antes del § 19 OWiG (en relación con el Derecho administrativo sancionador). Desarrollando un modelo con "criterios móviles" sobre la base de la "superación del decisivo grado inhibitorio" *Schmoller,* Fortgesetztes Delikt págs. 56 ss.

[40] Así, *Graf zu Dohna,* Verbrechenslehre pág. 66; *el mismo,* DStr 1942, pág. 19; *Frank,* § 74 comentario V 2c (pág. 240); *Honig,* Studien pág. 137; *M.E. Mayer,* Lehrbuch pág. 167; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 352.

tas; no concurre, sin embargo, cuando simplemente se ha propuesto cometer numerosos hurtos de bicicletas cuya comisión es incierta en relación con su forma de perpetración y con las circunstancias de tiempo y lugar (RG 66, 236 [239]; 72, 211 [214]). Tampoco es bastante para la aceptación de un delito continuado ante 36 robos que el acusado concibiera "desde un principio" la comisión de una serie de sustracciones esencialmente homogéneas (BGH NStZ 1986, pág. 408; vid. también BGH NJW 1983, pág. 2827). No obstante, la BGH NJW 1962, pág. 115, se conforma con un mero dolo continuado en un caso de abusos repetidos cometidos con un niño. No se exige una visión de conjunto sobre el hecho (BGH 26, 4 [8]).

d) Si para el delito continuado se requiere un dolo global entonces en los *hechos imprudentes* no puede concurrir ninguna relación de continuidad (RG 73, 230 [231]; 76, 68 [71]; BGH 5, 371 [376]; 22, 67 [71][41]). Por el contrario, para la teoría objetiva no existe ningún motivo para esta restricción[42].

4. El *tratamiento del delito continuado* expuesto hasta el momento se caracteriza porque los actos individuales de los que aquél se compone son considerados como un único hecho punible (RG 68, 297 [298]). De ello se derivan diversas consecuencias. Únicamente hay que fijar una sola pena de acuerdo con el marco punitivo del delito más grave, aunque pueden tenerse en cuenta la gravedad y el número de actos individuales para agravar la sanción a imponer (RG DR 1944, pág. 329; BGH *Dallinger* MDR 1975, pág. 724)[43]. En el sentido del § 66 II la acción continuada es *un* solo hecho. Si los actos individuales determinan la realización parcial de la forma básica y de la cualificada de un mismo delito, entonces únicamente se aplica la disposición penal agravada (RG 67, 183 [188]: asesinato intentado y homicidio intentado). Si concurren la tentativa y la consumación el hecho se entiende cometido en su forma consumada (BGH NJW 1957, pág. 1288). Por el contrario, si la modalidad leve del delito se ha consumado y la más grave ha quedado meramente intentada hay que aceptar la existencia de un concurso ideal (§ 52)[44]. El delito continuado está ya consumado con el primer acto parcial pero sólo

---

[41] Igualmente, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 668; *Doerr*, Frank-Festgabe Tomo II pág. 212; *Lackner*, nota preliminar núm. 15 antes del § 52; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núms. 70, 73 antes del § 52 (sólo para las combinaciones entre dolo e imprudencia como el § 315c I núm. 1 en conexión con el apartado tercero núm. 1); *Welzel*, Lehrbuch pág. 229. De otra opinión, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1232; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 55 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 45 antes del § 52; OGH 1, 344 (347); *F. W. Koch*, NJW 1956, pág. 1268; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 54 núm. 81.

[42] Vid. *Frank*, § 74 comentario V 2c (pág. 240); *v. Hippel*, ZStW 42 (1921) pág. 545; *Honig*, Studien pág. 135.

[43] Vid., más detalladamente, *Bruns*, Strafzumessungsrecht pág. 464; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 66 antes del § 52.

[44] Así, acertadamente, *Lackner*, nota preliminar núm. 18 antes del § 52; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 66 antes del § 52.

termina cuando son ejecutadas todas las acciones que lo integran (RG 66, 36). Por este motivo, la prescripción del delito continuado comienza con la terminación del último acto parcial (RG 64, 33 [40]; BGH 1, 84 [91 ss.]). En cambio, la exigencia de querella para cada acto individual debe ser examinada individualizadamente (BGH 17, 157). El efecto de cosa juzgada que despliega la sentencia comprende todos los actos individuales anteriores a la sentencia que se dicte, independientemente de si el tribunal los ha o pudo haberlos conocido (RG 72, 211 [212]; BGH 6, 92 [95]; 15 268 [272]; 33, 122 [124])[45].

§ 67 El concurso ideal

Abels, Die "Klarstellungsfunktion" der Idealkonkurrenz, 1991; *Achenbach,* "Tat", "Straftat", "Handlung" und die Strafrechtsreform, MDR 1975, pág. 19; *Baumgarten,* Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, Strafr. Abh. Heft 103, pág. 1909; *el mismo,* Die Idealkonkurrenz, Festgabe für R. v. Frank, Tomo II, 1930, pág. 188; *Bockelmann,* Zur Lehre von der Idealkonkurrenz, ZAK 1941, pág. 293; *Coenders,* Über die Idealkonkurrenz usw., 1921; *Cramer,* Das Strafensystem usw., JurA 1970, pág. 183; *H. Dreher,* Real-und Idealkonkurrenz im französischen und deutschen Strafrecht usw., Diss. Freiburg i.Br. 1950; *Keller,* Anmerkung zu BGH vom 3.6.1982, JR 1983, pág. 210; *Kraß,* Die Identität der Ausführungshandlungen bei der Tateinheit, JuS 1991, pág. 821; *Lippold,* Zur Konkurrenz bei Dauerdelikten usw., 1985; *Mezger,* Anmerkung zu RG 75, 19, DR 1941, pág. 922; *Montenbruck,* Zur "Beteiligung an einer Schlägerei", JR 1986, pág. 138; *Niese,* Empfiehlt sich die Einführung einer einheitlichen Strafe auch im Fall der Realkonkurrenz? Materialien, Tomo I, pág. 155; *Oehler,* Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt, ZStW 69 (1957) pág. 503; *Oske,* Das Konkurrenzverhältnis der Dauerdelikte zu den übrigen Straftaten, MDR 1965, pág. 532; *Rippich,* Die verfahrensrechtlichen Auswirkungen der Idealkonkurrenz und Realkonkurrenz usw., Strafr. Abh. Heft 322, 1935; *Schröder,* Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten, NJW 1956, pág. 1737; *Schweling,* Die Bemessung der Gesamtstrafe, GA 1955, pág. 289; *Stoecker,* Die Konkurrenz, Materialien, Tomo II, 1, pág. 449; *Wegscheider,* Echte und scheinbare Konkurrenz, 1980; *Wilheim,* Die Konkurrenz zwischen Begehungs-und Unterlassungsdelikten, Diss. Münster 1992; *Zagrebelski,* Concorso di reati e reato continuato, en: *Vassalli* (ed.), Dizionario di diritto e procedura penale, 1986, págs. 85 ss.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes § 66.

[45] En este sentido se pronuncia también la doctrina mayoritaria; vid. *LK (10.ª)(Vogler)* núm. 93 antes del § 52; *Löwe/Rosenberg (Schäfer),* Introducción, Capág. 12 núms. 65 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 69 antes del § 52; *Stratenwerth,* JuS 1962, pág. 220. Por el contrario, a favor de un desdoblamiento procesal del delito continuado, *D.* y *U. Mann,* ZStW 75 (1963) págs. 258 ss.

I. La naturaleza del concurso ideal

1. Existe concurso ideal cuando el autor, a través de la misma acción, infringe varias normas penales o una misma repetidas veces (§ 52 I)[1]. Por tanto, el presupuesto del concurso ideal es doble: por un lado, debe concurrir **unidad de acción** (BGH 33, 163) (vid. *supra* § 66 II-V) y, por otro, por medio de la acción tiene que haber tenido lugar una pluralidad de infracciones legales. Para ello se tienen en cuenta tanto la aplicabilidad de distintas normas penales como también la posibilidad de que la misma norma penal sea aplicada varias veces. El primer caso se denomina concurso ideal heterogéneo y el segundo se califica de homogéneo. A través de la institución del concurso ideal es posible abarcar completamente en el fallo de la sentencia el comportamiento del autor lesivo del bien jurídico, sin necesidad de imponer varias penas a causa de los distintos aspectos parciales punibles de su comportamiento (*función clarificadora del concurso ideal*[2]). Y ello porque *un* hecho, aún cuando infrinja varias normas penales o la misma en varias ocasiones, tiene que valorarse con un contenido de culpabilidad inferior al de una pluralidad de hechos; no obstante, debe ser valorado la totalidad de puntos de vista jurídicos que sean correctamente aplicables.

Ejemplos: La relación sexual violenta del padre con la hija que todavía no ha cumplido 18 años es, simultáneamente, violación (§ 177), acceso carnal entre parientes (§ 173 I), abuso sexual de personas sujetas a la custodia o cuidado del autor (§ 174 I núm. 3) y, posiblemente también, lesiones corporales (§ 223). El engaño al socio comercial acerca de la propia solvencia crediticia mediante un informe bancario falsificado es estafa (§ 263) y falsificación de documentos (§ 267). La muerte de varias personas que son adversarios políticos a través de un atentado con explosivos es asesinato en el número correspondiente de casos (§ 211).

2. Para la explicación de la naturaleza del concurso ideal han sido formuladas las teorías de la unidad y de la pluralidad[3]. La **teoría de la unidad** sostiene que a causa de la existencia de una sola acción en el concurso ideal hay un solo delito, a pesar de que son de aplicación varios tipos penales[4]. Por el contrario, la **teoría**

---

[1] La expresión "concurso ideal" hay que entenderla en el sentido de que una acción supone la realización de la "idea" del tipo ("*Typus*") de varias infracciones legales, mientras que en el "concurso real" existen "en realidad" varias *acciones*. Acerca de la sustitución del concepto de "delito" por el de "acción" en el § 52 I vid. *Achenbach*, MDR 1975, pág. 20.

[2] Así, acertadamente, *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 2; *Abels*, Die "Klarstellungsfunktion" der Idealkonkurrenz pág. 99.

[3] Al respecto vid. *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 6 antes del § 52; *Puppe*, Idealkonkurrenz págs. 27 ss.

[4] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 651; *Blei*, pág. 343; *Baumgarten*, Frank-Festgabe Tomo II pág. 189; *Höpfner*, Einheit und Mehrheit págs. 101 ss.; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 359 nota a pie núm.

de la pluralidad subraya que la infracción de diversas normas penales debe conducir a la aceptación de varios delitos, a pesar de que consideradas externamente sólo sean producto de una acción[5]. Sin embargo, la discusión teórica afecta a una cuestión que carece de significado práctico. No es más que una discusión terminológica[6] pues, en definitiva, existe unidad en entender que sólo existe *una* acción sobre la que se aplican *varias* normas penales por vía de la combinación de marcos punitivos[7].

También el tratamiento *jurídico-procesal* del concurso ideal es el mismo desde ambos puntos de vista[8]. Aún cuando se parte de que sólo existe un delito la querella penal puede dividirse (RG 62, 83 [87]) y el acusado ser condenado en virtud de todas las normas que concurren idealmente, pues el hecho debe ser tenido en cuenta desde distintos puntos de vista jurídicos. Igualmente, tampoco existe ninguna objeción desde la perspectiva de la teoría de la pluralidad a que por medio de la condena firme se agote el derecho a la acusación penal en relación con todos los tipos concurrentes, y a que la negativa llevada a cabo en la resolución por la que se ordena la apertura del juicio oral a una de las normas penales aducidas en concurso ideal no conlleve su absolución en ese punto.

II. Formas de aparición del concurso ideal

El **concurso ideal** significa que a través de una acción se realizan varios tipos penales. Para ello es suficiente con que cada uno de los distintos aspectos parciales de la acción que se considera unitaria (vid. *supra* § 66) cumpla, respectivamente, con un tipo penal. De conformidad con la clase y extensión de su concurrencia hay que distinguir varias formas de aparición del concurso ideal.

1. Ante todo, la Ley menciona en el § 52 I el caso normal en el que una acción infringe dos o más normas penales *diversas* (**concurso ideal heterogéneo**)[9].

6; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 54 núm. 24; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 4 antes del § 52; *M. E. Mayer*, Lehrbuch pág. 156 nota a pie núm. 2; *Mezger*, Lehrbuch pág. 469.

[5] Así, *Binding*, Handbuch págs. 569 ss.; *Coenders*, Idealkonkurrenz págs. 12 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 4 antes del § 52; *Frank*, § 73 comentario núm. 1; *Jakobs*, Allg. Teil 35/12; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 412; *el mismo*, Grundriß pág. 191; *Niese*, Materialen Tomo I pág. 156; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 736.

[6] *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit pág. 64.

[7] Así, *Graf zu Dohna*, Verbrechenslehre pág. 64; *Geerds*, Konkurrenz págs. 324 ss.; *v. Hippel*, Tomo II págs. 504 ss.; *Jescheck*, ZStW 67 (1955) pág. 533; *Cramer*, JurA 1970, pág. 206; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 3.

[8] Vid. *LK (10.ª)(Vogler)* § 52 núms. 50 ss. Por el contrario, la distinción entre concurso ideal y real comporta considerables consecuencias de carácter procesal, vid. más detalladamente sobre la cuestión, *Rippich*, Die verfahrensrechtlichen Auswirkungen págs. 9 ss.

[9] Por principio, de forma diversa *Puppe*, GA 1982, págs. 143 ss., distingue sobre la base de

Aquí surgen varias combinaciones. Los tipos pueden estar completamente solapados en la descripción de la acción pero presuponer *resultados distintos*; ello sucede, por ejemplo, cuando alguien por medio de un disparo mata a una persona y, simultáneamente, daña una cosa (§§ 212, 303) o si se coacciona a otro a llevar a cabo un comportamiento a través de unas lesiones corporales (§§ 223, 240). También puede darse el supuesto en el que el autor, mediante la *acción del hecho*, ocasione un *resultado* que esté comprendido simultáneamente en otro tipo penal; este es el caso en el que el abuso sexual de un niño (§ 176) conduce a unas lesiones corporales imprudentes (§ 230[10]). También dos *delitos de mera actividad* pueden coincidir en forma de concurso ideal heterogéneo; así sucede, por ejemplo, con el perjurio (§ 154) y las injurias (§ 187), con la agresión a un conductor con la finalidad de robarle (§ 316a) y la violación intentada (§§ 177, 22) (BGH VRS 60, pág. 102) o con la importación y el tráfico de drogas (BGH NJW 1983, pág. 602). Finalmente, hay que aceptar la existencia de un concurso ideal cuando concurren un tipo cualificado intentado con otro básico consumado (BGH 21, 78 [80]: robo en grado de tentativa y hurto consumado).

Existe también concurso ideal si por medio de una acción se infringe repetidas veces *la misma* norma penal **(concurso ideal homogéneo)**. Esta posibilidad está ya mencionada expresamente por el § 52 I pero fue ya con anterioridad afirmada por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria[11].

Ejemplos: Si en una conversación alguien persuade a cinco personas a cometer perjurio, las cinco inducciones se encuentran en una relación de concurso ideal (RG 70, 334 [335]). Éste también concurre cuando un disparo mata a varias personas, cuando se profiere un insulto contra dos personas, cuando por medio de una invitación se induce a dos niños al ejercicio de acciones impúdicas (BGH 1, 20 [22]), cuando una acción obscena se desarrolla en presencia de varios niños (BGH 6, 81 [82]) o cuando una estafa publicitaria perjudica a dos víctimas (BGH *Dallinger* MDR 1970, págs. 381 ss.).

El concurso ideal homogéneo no es solo posible en delitos contra bienes jurídicos personalísimos (por ejemplo, cuerpo, vida, libertad, honor) o pertenecientes al Estado o a la colectividad (verbigracia, Administración de Justicia o seguridad del tráfico jurídico)[12], sino que también lo es en los delitos contra los *derechos*

---

la afinidad (concurso ideal) o diversidad (concurso real) del injusto de los tipos realizados (vid. *supra* § 66 nota a pie núm. 5).

[10] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 229 (N del T).

[11] Así, *Frank*, § 73 comentario núm. III; *v. Hippel*, Tomo II pág. 520; *Jescheck*, ZStW 67 (1955) pág. 547; *LK (8.ª) (Jagusch)* § 73 comentario núm. 3b; *Kohlrausch/Lange*, § 73 comentario núm. II; *Mezger*, Lehrbuch pág. 468; *Olshausen*, § 73 comentario núm. 4; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963) pág. 185.

[12] Así, sin embargo, *LK (10.ª)(Vogler)* § 52 núm. 35; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 29.

patrimoniales[13]. Dado que estos últimos "corresponden" a personas individuales, la pretensión del respeto al bien jurídico protegido en la disposición penal se infringe múltiples veces si el hecho perjudica a varias víctimas. No obstante, la relevancia práctica de la distinción entre ambas concepciones es escasa puesto que también en el concurso ideal homogéneo sigue siendo decisiva la pena máxima del tipo en cuestión.

2. El concurso ideal no exige la plena cobertura de las acciones presupuestas en los tipos correspondientes. Es suficiente, más bien, con la **"identidad parcial de las acciones ejecutivas"** en el tipo objetivo de las normas penales concurrentes (RG 32, 137 [139 ss.]; 52, 298 [300]; BGH 7, 149 [151]; 18, 29 [34]; 28, 18 [19]; BGH NStZ 1985, pág. 546)[14]. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el concurso ideal puede asimismo ser fundamentado allí donde tras la consumación del primer tipo delictivo pero *con anterioridad* a la terminación del mismo, tiene lugar la realización adicional de otro tipo penal (BGH 26, 24 [27]: robo en un banco y toma de rehenes para asegurar el botín; BayObLG NJW 1983, pág. 406: hurto y conducción ebria para salvaguardar el objeto material de aquél; otros ejemplos pueden verse en: BGH StV 1983, pág. 413; 1984, pág. 374; NStZ 1993, pág. 77) (vid. *supra* § 49 III 3). Por medio de esta teoría las posibilidades de la concurrencia ideal no se extienden excesivamente[15].

Ejemplos: Existe concurso ideal entre el robo (§ 249) y la extorsión (§ 253) si el empleo de la violencia se lleva a cabo tanto para la sustracción como para la entrega de cosas (RG 55, 239 [241]); entre las lesiones corporales (§ 223) y la resistencia (§ 113) si el agente judicial es lesionado al golpearle (RG 41, 82 [84]). Dado que la falsedad documental (§ 267) sólo está *terminada* con el uso del documento falso, se acepta su concurso ideal con la estafa (§ 263) cuando el falsificador presenta el documento con la finalidad de cometer un engaño (BGH JZ 1952, pág. 89; BGH GA 1955, 245 [246];

---

[13] Así, acertadamente, BGH *Dallinger* MDR 1970, págs. 381 ss.; *SK (Samson)* § 52 núm. 25.

[14] Doctrina completamente dominante; vid. *Frank,* § 74 comentario núm. 1; *Geerds,* Konkurrenz pág. 279; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 657; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 259; *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. IIa antes del § 73; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 55 núm. 72; *Kraß,* JuS 1991, pág. 821; *LK (10.ª)(Vogler)* § 52 núm. 22; *Schönke/Schröder/Stree,* § 52 núm. 9; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 736 ss.; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1242; *Welzel,* Lehrbuch pág. 231; *Wessels,* Allg. Teil núm. 777. Crítico sin embargo con la fórmula del RG a causa del carácter fortuito de los resultados *Honig,* Studien págs. 25 ss., especialmente en pág. 42. Exigiendo para los casos de identidad parcial la existencia de una unidad de acción "desde un punto de vista naturalístico" *Wahle,* GA 1968, pág. 110.

[15] De acuerdo, *LK (10.ª) (Vogler)* § 52 núm. 23; *Schönke/Schröder/Stree,* § 52 núm. 11; *SK (Samson)* § 52 núm. 12; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1244; *Struensee,* Konkurrenz págs. 24 ss.; *Warda,* JuS 1964, pág. 87. Disiente *Jakobs,* Allg. Teil 33/7.

ahora, sin embargo, con un criterio restrictivo BGH 17, 97 [99] en relación con el § 267). El rapto (§ 237[16]) y la violación (§ 177) constituyen una unidad de hecho si el secuestrador aprovecha la situación de indefensión de la mujer para la realización del hecho (BGH 18, 29 [34]); lo mismo sucede con la violación (§ 177) y la agresión sexual (§ 178[17]), cuando el uso de la violencia es unitario (BGH GA 1981, pág. 168).

3. Finalmente, la relación propia del concurso ideal puede surgir si dos acciones que en sí mismas son autónomas se encuentran, respectivamente, en concurrencia ideal con una tercera (**unidad de acción por efecto de sujeción**)[18]. Esta ampliación del ámbito de aplicación del § 52, tenida ya tempranamente por admisible del lado de la jurisprudencia (RG 44, 223 [228]), es aceptable siempre que el tipo intermedio en el concurso ideal *equivalga aproximadamente* en su contenido de injusto al de los otros delitos autónomos (BGH NStZ 1982, pág. 69; JR 1983, pág. 210; NStZ 1984, pág. 408)[19]. En cambio, dicho efecto es rechazado con acierto aunque sea sólo *una* de las acciones vinculadas la que presenta un contenido de injusto sustancialmente mayor que la que sirve de conexión, porque dos delitos que son en sí mismos autónomos no pueden ser sustraídos de la rigurosa fijación de la pena prevista en el § 53, por el simple hecho de que cada uno de ellos concurra con un mismo delito de menor gravedad (BGH 1, 67 [69]; 3, 165 [167]; BGH NJW 1975, pág. 985 [986]; JR 1983, pág. 210 con comentario aprobatorio de *Keller*). No obstante, la jurisprudencia más reciente sostiene que no decae el efecto de sujeción si sólo uno de los dos delitos autónomos es más grave que el que sirve de nexo de unión para la unidad de hecho (BGH 31, 29 [30]: el delito menos grave de la posesión material de un arma conecta en unidad de hecho la adquisición ilícita de la misma con el homicidio; BGH StV 1983, pág. 148: el llevar un arma de fuego conecta el homicidio con la coacción)[20]. Para la comparación de la gravedad no se atiende a la conminación

---

[16] Actualmente el § 237 se encuentra derogado (N del T).

[17] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 177 I (N del T).

[18] Profundizando en ello, *Wahle*, GA 1968, págs. 97 ss.

[19] Asimismo, *Geerds*, Konkurrenz págs. 280 ss.; *Geppert*, Jura 1982, pág. 370; *Lackner*, § 52 núm. 5 (críticamente); *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 55 núms. 74 ss.; *LK (10.ª) (Vogler)* § 52 núms. 27 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núms. 16 ss.; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núms. 5 ss. antes del § 52; *Welzel*, Lehrbuch pág. 232; *Wessels*, Allg. Teil núm. 780. Por el contrario, *Jakobs*, Allg. Teil 33/12; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963) pág. 48; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 592; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1246; *Wahle*, GA 1968, págs. 107ss., pretenden asignar al concurso real los supuestos de "sujeción". Con otro criterio también *Puppe*, GA 1982, pág. 156, así como *Werle*, Konkurrenz págs. 205 ss.

[20] De acuerdo, *Wessels*, Allg. Teil núm. 780; *Lackner*, § 52 núm. 5; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 17a; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 5c antes del § 52.

penal abstracta sino a la configuración concreta del caso (BGH 33, 4 [7]; BGH NStZ 1989, pág. 20; 1993, pág. 133).

Ejemplos: El punto de vista de la "equivalencia valorativa" es desatendido ya por la RG 68, 216 [218]: el uso ilegítimo de un vehículo a motor (§ 248b) debe conectar en concurso ideal el homicidio imprudente (§ 222) y la huida del lugar del accidente de tráfico (§ 142) que tienen lugar durante la conducción. Correcta es, por el contrario, la RG HRR 1935 núm. 535: la tenencia ilegítima de un título no posee ningún efecto de sujeción en relación con diversas acciones estafadoras de carácter autónomo; BGH 2, 246 (247): varias tentativas de asesinato no se encuentran en concurso ideal por su coincidencia con una tentativa de robo unitaria; BGH 18, 66 (69): la conducción sin el debido permiso no puede agrupar unitariamente a diversos robos de vehículos. El importante efecto de sujeción que comporta el delito de conducción ebria (§ 316) para el Derecho penal de tráfico ha sido restringido por el BGH en el sentido de admitir una interrupción en el acaecimiento de un accidente, con el objetivo de que el homicidio imprudente no esté vinculado con la huida del lugar del siniestro (BGH 21, 203 [204]; OLG Celle VRS 61, 345).

III. Supuestos especiales del concurso ideal

1. Pueden concurrir idealmente **acciones dolosas e imprudentes** como, por ejemplo, la puesta en peligro dolosa del transporte (§ 315) con el homicidio imprudente (§ 222) (RG DR 1943, pág. 753), la complicidad en el aborto (§§ 218 I, 27) con el homicidio imprudente (BGH 1, 278 [280]), el delito doloso menos grave del § 323a con el homicidio imprudente en actio libera in causa (§ 222) (BGH 17, 333 [337])[21].

2. En los **delitos permantes** (vid. *supra* § 26 II 1a) es necesario distinguir según los casos[22]: las acciones que sólo son llevadas a cabo con ocasión de un delito permanente como, verbigracia, las injurias al dueño de la casa que exige explicaciones al intruso (§ 123), se encuentran en concurrencia real con el delito permanente de acuerdo con la concepción más generalizada. Por el contrario, hay que aceptar el concurso ideal en delitos que sirven al mantenimiento de la situación antijurídica; así sucede con las lesiones corporales al dueño de la casa

[21] Vid. *Lackner*, § 52 núm. 7; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 7; *SK (Samson)* § 52 núm. 7; *Jakobs*, Allg. Teil 33/6; *Welzel*, Lehrbuch pág. 232.

[22] Vid. *Lackner*, § 52 núm. 7; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núms. 23 ss. antes del § 52; *Lippold*, Konkurrenz págs. 29 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núms. 88 ss. antes del § 52; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 738; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1245; *Welzel*, Lehrbuch pág. 232.

que se defiende frente al allanador. Pero, más allá, también se acepta en parte la concurrencia ideal si el delito permanente debe suministrar los presupuestos para la comisión de otro hecho punible, como cuando por ejemplo la tenencia ilícita de un arma de fuego sirve para la perpetración de un robo (RG 66, 117 [119])[23]. Sin embargo, por regla general la jurisprudencia exige acertadamente que en el delito permanente tenga también lugar el solapamiento parcial de las acciones delictivas (RG 32, 137 [140]; 54, 288 [289]; BGH LM § 177 núm. 8; BGH 18, 29 [34]; 27, 66 [67]; 29, 288 [290]; BGH GA 1967, pág. 21; OLG Karlsruhe NJW 1977, pág. 2222), sin admitir por tanto una relación de los principios generales de la concurrencia ideal no obstante la existencia de una relación de medio a fin[24]. También varios delitos permanentes pueden concurrir en unidad de acción si las acciones ejecutivas se solapan al menos parcialmente; este es el caso, verbigracia, de la conducción sin carnet (§ 21 I núm. 1 StVG) y la conducción ebria (§ 316) (BayObLG GA 1975, pág. 54).

3. Especiales problemas concursales se plantean además en los **delitos cualificados por el resultado**, tanto en relación con los tipos imprudentes como también con los dolosos, allí donde la producción imprudente o dolosa del resultado cualificado está castigada como tal[25]. Si el autor *sólo* puede ocasionar imprudentemente la consecuencia cualificada porque, en caso de dolo, habría concurrido otro tipo delictivo, la cuestión de la relación con el tipo imprudente en cuestión no admite dudas. Según el § 18 sólo entra en juego el concurso de normas y, en verdad, por medio del criterio de la especialidad (vid. *infra* § 69 II 1), puesto que el delito cualificado por el resultado comprende *siempre* el tipo imprudente (vid. BGH 8, 54 en relación con el § 226[26] y el § 222)[27]. Si, en cambio, el resultado cualificado no sólo puede ser realizado imprudentemente sino también de forma dolosa sin que por ello decaiga el tipo básico del delito agravado, entonces debe aceptarse un concurso ideal con el tipo doloso o imprudente que corresponda, puesto que sólo de este modo queda claro si en el caso concreto la consecuencia más grave fue provocada dolosa o imprudentemente. De ahí que el incendio con

---

[23] De acuerdo *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 91 antes del § 52; *Jakobs*, Allg. Teil 33/10; *Welzel*, Lehrbuch pág. 232; *Wessels*, Allg. Teil núm. 779.

[24] Igualmente, *Baumann/Weber*, Allg. Teil PÁG. 657; *Oske*, MDR 1965, pág. 534; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 738.

[25] Al respecto vid. *Schröder*, NJW 1956, págs. 1737 ss.

[26] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 227 (N del T).

[27] Así también *LK (11.ª)(Schroeder)* § 18 núm. 43; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 18 núm. 6; *SK (Rudolphi)* § 18 núm. 9; de otra opinión, *Kohlrausch/Lange*, § 56 comentario IV 5; *Oehler*, ZStW 69 (1957) pág. 519, quienes aceptan el concurso ideal.

resultado de muerte (§ 307 núm. 1[28]), así como la detención ilegal con la misma consecuencia letal (§ 239 III[29]) se encuentren en unidad de acción con los §§ 211, 212 ó, en su caso, con el § 222.

4. La discusión de los problemas concursales en los **delitos omisivos** tiene que partir de los conceptos de "unidad de omisión" y de "pluralidad de omisiones" (vid. *supra* § 66 IV 2)[30]. En la unidad de omisión entran en consideración tanto el concurso ideal homogéneo como el heterogéneo.

Ejemplo: Si, de acuerdo con los autores, un vigilante colabora en el atraco a un banco dejando sin cerrar una puerta trasera y, simultáneamente, de modo negligente no tiene en cuenta que aquéllos podrían causar un incendio con la apertura con una soldadura de una caja fuerte, entonces habrá de ser condenado por complicidad en el robo con fuerza (§§ 242, 243 I núm. 1, 27) en concurso ideal con un incendio imprudente (§ 309), ambos cometidos por omisión.

Discutida es, por el contrario, la cuestión de si un delito de omisión puede concurrir idealmente con otro de naturaleza comisiva. De acuerdo con la visión más correcta hay que negar esta posibilidad puesto que la omisión y el hacer positivo ni siquiera se solapan parcialmente, sino que tan sólo coinciden en el tiempo (RG 68, 315 [317 ss.]; BGH 6, 229 [230])[31]. De este modo, hay que negar el concurso ideal entre la omisión del deber de socorro (§ 323c) y el alejamiento del lugar del accidente (§ 142) (con otro criterio, sin embargo, RG 75, 355 [360]; BGH GA 1956, pág. 120), así como entre este último delito y el homicidio doloso cometido por omisión de auxilio (de otra opinión, no obstante, BayObLG NJW 1957, pág. 1485). El planteamiento es diverso si la omisión se presenta como un delito permanente y el hecho comisivo debe servir al mantenimiento de la situación antijurídica como, por ejemplo, la obstrucción a la ejecución forzosa (§ 288) con la finalidad de no abonar la pensión alimenticia (§ 170b[32]).

---

[28] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 306c (N del T).

[29] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 239 IV (N del T).

[30] Vid. *Welzel*, Lehrbuch pág. 233; *Struensee*, Konkurrenz págs. 46 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núms. 39 ss. antes del § 52; *Maiwald*, Natürliche Handlungseinheit págs. 107 ss. Críticamente al respecto *Puppe*, JR 1985, págs. 246 ss. ("turbio capítulo de la teoría del concurso").

[31] Igualmente, *Lackner*, § 52 núm. 7; *Struensee*, Konkurrenz pág. 16; *Kohlrausch/Lange*, § 73 comentario I; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 19; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1245. En contra, sin embargo, *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 654 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 8/33; *Wilhelm*, Konkurrenz págs. 40 ss.

[32] La remisión ha de entenderse realizada al vigente § 170 (N del T).

IV. El tratamiento del concurso ideal

La aceptación de un concurso ideal influye en cómo redactar la **declaración de culpabilidad** y en la determinación de **qué marco punitivo** hay que aplicar al hecho.

1. Estas cuestiones son sencillas de responder en el **concurso ideal homogéneo**. En verdad, la *declaración de culpabilidad* debe expresar la infracción múltiple de la misma norma por la que el acusado será condenado ("A es condenado por el homicidio de tres personas a cadena perpetua"). Sin embargo, la *pena* de la norma infringida repetidas veces sólo se deduce en una ocasión (§ 52 I). En el marco de la pena máxima contenida en el tipo la circunstancia de la infracción múltiple de la misma norma se tendrá en cuenta, por regla general, para exasperar aquélla (§ 46 II: "La modalidad ejecutiva y las consecuencias que culpablemente se deriven del hecho"). Pero, sobre todo, la vulneración repetida de la norma puede justificar la aceptación de un caso especialmente grave (el tutor, por ejemplo, perjudica los intereses patrimoniales de tres pupilos a través de un mismo negocio jurídico de carácter desventajoso, § 266) (BGH StV 1981, pág. 545; NJW 1982, 2265)[33].

2. En el **concurso ideal heterogéneo** la *declaración de culpabilidad* debe especificar todas las normas penales concurrentes ("A es condenado por un delito de violación en unidad de hecho con unas lesiones corporales agravadas a la pena de tres años de prisión"). Ciertamente, esto no aparece recogido expresamente en el § 52 pero es algo que resulta evidente porque el contenido de injusto completo del hecho sólo se deriva de la totalidad de las normas aplicables[34]. La pena se determina de acuerdo con un *marco punitivo* configurado de acuerdo con el *principio de combinación* (§ 52 II-IV) confeccionado a partir de las conminaciones penales contenidas en la totalidad de las normas penales infringidas[35]. El marco punitivo de la pena principal queda limitado hacia arriba por medio de la pena máxima más grave contenida en las normas concurrentes y, hacia abajo, mediante la pena mínima más severa. La pena máxima y la mínima del marco punitivo configurado globalmente no se determinan a través de su consideración abstracta que sirve para la clasificación de las acciones punibles en delitos graves y menos graves y que encuentra su lugar en el § 12 (vid. *supra* § 7 IV 2). Decisivo es, por

---

[33] Vid. *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 33; *LK (10.ª)(Vogler)* § 52 núm. 39.

[34] Vid. *Baumgarten*, Idealkonkurrenz págs. 89 ss.; *Bockelmann*, ZAK 1941, pág. 294; *Dreher/Tröndle*, § 52 núm. 2; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1248; *SK (Samson)* § 52 núm. 26.

[35] Vid. *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 55 núms. 82 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* § 52 núms. 40 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 34; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 783; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1250 ss.

el contrario, cuál de las normas penales concurrentes impone, respectivamente, la pena máxima y mínima más severa a la vista de las circunstancias agravantes y atenuantes que están presentes en el caso *concreto* (en relación con el Derecho anterior vid. RG 75, 14 [18]; 75, 19 [22]; 76, 59 [60])[36].

Ejemplo: Si concurren el delito de administración fraudulenta (§ 266) y el de prevaricación de abogado (§ 356) resultará aplicable, caso de que no concurra ninguna especialidad, la pena mínima de tres meses de prisión (§ 356) y la máxima de cinco años de prisión (que es la misma en los §§ 266 y 356). Si, de modo simultáneo, concurre también el § 356 II entonces la pena mínima será de un año de prisión. En el supuesto de que estuviera presente un caso especialmente grave de la administración fraudulenta se aplicaría sólo el marco punitivo del § 266 II. La pena de multa puede ser impuesta junto a la de prisión por la existencia de una intención de enriquecimiento ilícito (§§ 41, 52 III).

3. De acuerdo con el § 52 III la *pena de multa* puede ser impuesta si se dan los requisitos del § 41 (vid. el ejemplo anterior). En relación con las *penas y consecuencias accesorias*, así como con las *medidas de seguridad* (§ 11 I núm. 8), deben o pueden ser dictadas si *una* de las normas penales aplicables las prescribe o admite (§ 52 IV). Finalmente, en la *determinación de la pena* que tiene lugar dentro del marco punitivo obtenido por combinación, por regla general hay que tener en cuenta la existencia de varias infracciones legales como criterio para agravar la pena resultante (RG 22, 388 [393]; 49, 401 [402]; BGH MDR 1966, pág. 26; VRS 37, 365; OLG Hamburg JR 1951, pág. 86; OLG Köln MDR 1956, pág. 374)[37].

4. **Procesalmente**[38] es relevante la inexistencia de una absolución parcial en relación con los tipos individuales que concurren idealmente y que a través del efecto de cosa juzgada de la sentencia queda agotada la acusación penal vinculada a todos los aspectos parciales (ne bis in idem). Sin embargo, el proceso puede ser parcialmente archivado en torno a aquellos tipos penales que no posean mucha importancia para la pena o medida de seguridad que se espera imponer; ello trae por consecuencia que tales tipos penales no sean tenidos en cuenta en la resolución que se dicte (§ 154a StPO)[39].

---

[36] Vid. *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 55 núm. 89; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 37; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 260.

[37] En este sentido se pronuncia también la doctrina mayoritaria; *Bruns*, Strafzumessungsrecht pág. 469; *Lackner*, § 52 núm. 10; *LK (10.ª)(Vogler)* § 52 núm. 46; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 55 núm. 92; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núm. 47; *SK (Samson)* § 52 núm. 27.

[38] Más detalladamente al respecto, *LK (10.ª)(Vogler)* § 52 núms. 49 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 52 núms. 48 ss.

[39] A favor de un mejor aprovechamiento de esta posibilidad *Montenbruck*, JR 1986, pág. 142.

V. Derecho extranjero

En Derecho extranjero[40] la pena unitaria está prevista en muchos casos para ambas clases de concursos; ello sucede en *Austria* (§ 28 StGB)[41], en *Suiza* (art. 68 StGB)[42] y en *Francia* (art. 5 C.pág. 1810; art. 132-3 C.pág. 1994; no obstante, se sigue el principio de acumulación ante diversas clases de delitos así como en relación con las faltas de acuerdo con el art. 132-7 C.p. de 1994)[43]. En su esencia el Derecho *italiano* trata el concurso real de acuerdo con el principio de acumulación e imponiendo límites máximos (arts. 71 ss. C.p.); el concurso ideal, en cambio, se rige por el de absorción con agravación de la pena (art. 81 C.p.) aplicándolo también a un delito continuado que se determina sólo a través del "medesimo disegno criminale" (art. 81 II C.p.)[44]. *España* parte en el concurso real del principio acumulativo, pero lo combina con el de absorción y exasperación, así como con determinados límites máximos de la pena (arts. 69 ss. C.p.)[45]. Para el concurso ideal rige el principio de absorción con agravación de la pena (art. 71 C.p.)[46]. En el Derecho *holandés* rige el mismo criterio para el concurso ideal (art. 55 W.v.p.). En la

---

[40] Vid. la completa exposición de *Geerds*, Konkurrenz págs. 71 ss.; asimismo, *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 147 antes del § 52.

[41] Vid., más detalladamente, *Leukauf/Steininger*, § 28 núm. 13; *Triffterer*, Allg. Teil págs. 446 ss.; *Wegscheider*, Konkurrenz pág. 44. Acerca del Derecho anterior cuya regulación fue asumida, *Rittler*, Tomo I págs. 338 ss.; *Nowakowski*, Grundriß págs. 120 ss.

[42] Vid. *Hafter*, Allg. Teil pág. 378; *Pfenninger*, Das schweizerische Strafrecht pág. 233; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht, Allg. Teil I págs. 429 ss. También el art. 51 del Anteproyecto de *Schultz* acoge la pena unitaria.

[43] *Merle/Vitu*, Traité I núm. 371; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal général núm. 596; *H. Dreher*, Real— und Idealkonkurrenz págs. 55 ss. Acerca del art. 132-3 C.pág. 1994 vid. *Desportes/Le Gunehec*, Présentation núm. 69; *Pradel*, Le nouveau Code pénal núm. 90; *Ministère de la Justice*, Circulaire págs. 73 ss.

[44] Vid. *Bettiol/Pettoello Mantovani*, Diritto penale págs. 691 ss.; *Pagliaro*, Principi págs. 582 ss.; *Mantovani*, Diritto penale págs. 461 ss.; *Nuvolone*, Sistema págs. 360 ss.; *Fiandaca/Musco*, Diritto penale págs. 490 ss.; *Zagrebelski*, Concorso págs. 85 ss.

[45] Vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 848 ss.; *Antón Oneca*, Derecho penal págs. 456 ss.; *Mir Puig*, Adiciones Tomo II págs. 1023 ss., 1031 ss. Acerca de los límites máximos vid. *Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo*, art. 70 comentario núm. II.

[46] Tales apreciaciones siguen siendo igualmente trasladables al Código penal de 1995 ahora vigente. El concurso ideal responde al principio acumulativo (art. 73 C.p.) con restricciones para la pena máxima (art. 76 C.p.). El concurso ideal (art. 77 C.p.) se rige por el principio de absorción y de exasperación (pena de la infracción más grave en su mitad superior) a no ser que la pena resultante fuera más grave que la que correspondería si se aplicara el criterio acumulativo (art. 77.2 y 3 C.p.). Se mantiene, por último, la regulación del delito continuado (art. 74 C.p.), incorporada ya en el antiguo texto punitivo, pero su aplicación no se extiende —al igual que antes— a delitos que afecten a bienes jurídicos "eminentemente personales" a excepción del honor y de la libertad sexual en los que debe antenderse "naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva" (art. 74.3 C.p.) (N del T).

concurrencia real se dicta sólo una pena para la que rigen ciertos límites máximos (arts. 57 ss. W.v.p.)[47]. El Código penal *belga* distingue entre concurso ideal y real[48]. En el primero sólo se aplica la pena más grave (art. 65 C.p.) y en el segundo rige el principio acumulativo con límites máximos para la pena resultante (arts. 58-64 C.p.). En Derecho *brasileño* se aplica el principio de absorción al concurso ideal, incrementándose con ello la pena más grave entre un sexto y la mitad de la misma (art. 70 C.p.); en la concurrencia real se recurre al principio acumulativo (art. 69). El delito continuado es definido de acuerdo con elementos objetivos (art. 71)[49]. En Derecho *inglés* se aplica el principio de acumulación a la pluralidad de hechos que, sin embargo, experimenta una atenuación en su régimen aplicativo al admitirse facultativamente la ejecución simultánea de varias penas de prisión. Para una parte de los casos de concurso ideal (merger of offences) rige el principio de absorción; para el resto el de acumulación[50]. El Derecho *norteamericano* se inspira mayoritariamente sobre tales principios[51].

§ 68 El concurso real

Bender, Doppelte Gesamtstrafe oder "Einheits"-Gesamtstrafe? NJW 1964, pág. 807; *Bringewat,* Die Bildung der Gesamtstrafe, 1987; *el mismo,* Anmerkung zu BGH vom 17.1.1989, JR 1989, pág. 426; *Bruns,* Zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen usw., Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 353; *Cramer,* Das Strafensystem usw., JurA 1970, pág. 183; *Dreher,* Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, JZ 1957, pág. 155; Henßler, Unterlassene Gesamtstrafenbildung, nach § 79 StGB als Revisionsgrund, NJW 1953, pág. 452; *Küper,* Zur Problematik der nachträglichen Gesamtstrafenbildung, MDR 1970, pág. 885; *el mismo,* Anmerkung zu OLG Hamm vom 20.3.1970, NJW 1970, pág. 1559; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 25, 380, NJW 1975, pág. 547; *Maiwald,* Nachträgliche Gesamtstrafenbildung und das Verbot der reformatio in peius, JR 1980, pág. 353; *Montenbruck,* Gesamtstrafe — eine verkappte Einheitsstrafe? JZ 1988, pág. 332; *el mismo,* Abwägung und Umwertung, 1989; *Niederreuther,* Die prozessuale Behandlung der Realkonkurrenz im geltenden und künftlgen Recht, Strafr. Abh. Heft 278, 1930; *Sacksofsky,* Die Problematik der doppelten

---

[47] Profundizando en ello *Pompe,* Handboek págs. 274 ss.; *van Bemmelen/van Veen,* Ons strafrecht págs. 316 ss., 323 ss.; *Hazewinkel-Suringa/Remmelink,* Inleiding págs. 832 ss.

[48] Vid. *Dupont/Verstraeten,* Handboek núms. 885 ss., 903 ss.; *Hennau/Verhaegen,* Droit pénal général núms. 481 ss.; *Tulkens/van de Kerchove,* Introduction págs. 329 ss.

[49] Vid. *Fragoso,* Lições págs. 364 ss.; *de Jesus,* Comentários, art. 70 núm. 4, art. 69 5c, art. 71 núm. 1; *da Costa jr.,* Comentários, art. 70 núm. 5, art. 69 núm. 4, Art. 71 núm. 5.

[50] Vid. *Stoecker,* Materialien Tomo II, 1 págs. 452 ss.; *Grünhut,* Das englische Strafrecht págs. 190 ss.

[51] Vid. *Honig,* Das amerikanische Strafrecht págs. 239 ss.; Model Penal Code Sect. 7.06.

Gesamtstrafe, NJW 1963, pág. 894; *Schoreit* Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen, Festschrift für K. Rebmann, 1989, pág. 443; *Schorn,* Fragen zur Gesamtstrafe, JR 1964, pág. 45; *Schrader,* Bildung einer Gesamtstrafe nach vollstreckter Einzelstrafe, MDR 1974, pág. 718; *Schweling,* Die Bemessung der Gesamtstrafe, GA 1955, pág. 289; *Stree,* Anmerkung zu BGH 33, 367, JR 1987, pág. 73; *Vogt,* Die nachträgliche Bildung einer Gesamtgeldstrafe usw., NJW 1981, pág. 890.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes del § 66.

I. Naturaleza del concurso real

1. Existe **concurso real** cuando el autor ha cometido **varios delitos autónomos que son enjuiciados en el mismo proceso penal** (§§ 53 ss.). Presupuesto de esta concurrencia es, por un lado, la existencia de varias acciones (vid. *supra* § 66 I) y, por otro, la posibilidad de su enjuiciamiento conjunto. Sin embargo, no cualquier clase de pluralidad de acciones conduce a la aplicación de las reglas de la determinación de la pena propias del concurso real. Puede suceder que la pluralidad de acciones tenga que ser considerada como un supuesto de concurso de normas (consunción) y, por ello, no estar sometido a los §§ 53 ss. (vid. *infra* § 69 II 3); también puede ser que esté ausente la posibilidad del enjuiciamiento conjunto a través de un único proceso. Al igual que en el concurso ideal, aquí también se distingue entre los supuestos de concurrencia homogénea y heterogénea. La *primera* existe cuando el autor ha cometido el mismo delito varias veces y la segunda cuando concurren tipos penales diversos.

Ejemplos: Las distintas infracciones de tráfico cometidas durante un viaje aparecen básicamente como una pluralidad de hechos (OLG Hamm VRS 46, pág. 338). La puesta en peligro imprudente del tráfico viario y el alejamiento no permitido del lugar del accidente constituyen también una pluralidad de hechos (OLG Saarbrücken VRS 46, pág. 21); lo mismo sucede con la conducción ebria (en caso de accidente) y la huida del lugar del siniestro (OLG Celle GA 1982, pág. 41). La venta de sustancias estupefacientes es un delito autónomo frente al de su posesión (§ 29 I núm. 3 BtMG).

2. Las disposiciones relativas al concurso real no sólo pertenecen al Derecho material sino **también al Derecho procesal**, pues la posibilidad de un enjuiciamiento global para una diversidad de acciones punibles depende de las reglas del proceso penal[1]. No obstante, para compensar las inevitables contingencias de la configuración del proceso, el legislador ha creado la posibilidad de una fijación

[1] Vid. al respecto *Niederreuther,* Die prozessuale Behandlung der Realkonkurrenz págs. 12 ss.

ulterior de una pena global de acuerdo con el § 55 StGB y el § 460 StPO. El ámbito de aplicación de las reglas sobre el concurso real de delitos experimenta de este modo una *ampliación* sustancial.

II. Tratamiento del concurso real

1. La regulación de la concurrencia real en los §§ 53 ss. se ha atenido al **principio de exasperación** para la configuración de la pena global[2], extendiendo este procedimiento a la pena de multa porque la añadidura de las penas pecuniarias vigente con anterioridad modificaban la gravedad de la pena en perjuicio del condenado y eran, asimismo, desproporcionales (§ 53 I)[3]. Por el contrario, en el Derecho penal juvenil rige el principio de la sanción unitaria (§ 31 JGG).

La *cadena perpetua*, que con anterioridad estaba excluida de la formación de la pena global y que siempre tuvo que ser dictada aparte, ha sido introducida por la 23. StÄG de 13.4.1986 (BGBl. I pág. 393) en la regulación contenida en los §§ 53 ss[4]. Sin embargo, de acuerdo con lo preceptuado en la OWiG se imponen autónomamente las *sanciones administrativas pecuniarias* cuando, junto con un delito, en un proceso penal hay que enjuiciar una infracción administrativa que se encuentra en unidad de hecho con aquél; y ello porque el legislador parte de una diferencia sustancial entre la pena de multa y la sanción administrativa pecuniaria (OLG Köln NJW 1979, pág. 379)[5]. Hasta cierto punto se recurre, pues, al principio de acumulación. También pueden ser adicionadas varias sanciones administrativas pecuniarias (§ 20 OWiG)[6].

2. También hay que distinguir entre los supuestos en los que está prescrita la formación de una pena global de aquellos otros en los que ello está meramente

---

[2] Críticos con ello *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 784; *Cramer*, JurA 1970, pág. 212; *Jakobs*, Allg. Teil 33/14 ss. Acerca de las dificultades en la formación de la pena global vid. *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 470 ss. Mostrando su acuerdo con el criterio legal *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 653, 674; *Bringewat*, Gesamtstrafe pág. 1. Por su parte, *Montenbruck*, JZ 1988, pág. 338 y Abwägung págs. 95 ss., comprenden incorrectamente la pena global como una "pena unitaria encubierta". Desarrollando un nuevo concepto para la medición de la pena en caso de varias infracciones legales, *Schoreit*, Rebmann-Festschrift págs. 461 ss.

[3] Vid. *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 4 antes del § 52.

[4] Sobre ello vid. *Bringewat*, Gesamtstrafe págs. 91 ss.

[5] Disiente al respecto *Cramer*, JurA 1970, pág. 205; crítico también *Schönke/Schröder/Stree*, § 53 núm. 16.

[6] En torno a las dificultades procedimentales que se han originado con la introducción de una sanción administrativa global vid. la Funamentación al § 13 Enwurf OWiG, BT-Drucksache V/1269. Acerca de la dureza de la sanción que puede suponer la imposición múltiple de la prohibición de conducir (§ 25 StVG), *KK OWiG (Bohnert)* § 20 núm. 7.

permitido. Aquélla **debe** ser aplicada cuando proceda imponer varias penas de prisión (tanto la cadena perpetua como el arresto penal de acuerdo con el § 9 WStG) o varias penas de multa (§ 53 I). En el primer caso se dicta una pena de prisión global y en el segundo una pena de multa global. Si a causa de varios delitos deben imponerse varias penas patrimoniales (§ 43a: penas cuya cuantía está limitada por el valor del patrimonio del autor) se condenará en este punto con una pena patrimonial global (§ 53 III). También **puede** formarse una **pena de prisión global** cuando concurran penas de prisión y multa (§ 53 II 1). Sin embargo, en este caso el tribunal también puede imponer separadamente la pena de multa (§ 53 II 2). Si hay que imponer varias penas de multa se impondrá sólo una de carácter global (§ 53 II *in fine*).

Discutida es aquí la cuestión de si en estos casos la formación de la pena global debe tener lugar por regla general (BGH *Dallinger* MDR 1973, pág. 17; BayObLG MDR 1982, pág. 770; OLG Koblenz GA 1978, pág. 188)[7] o si, al contrario, debe tener preferencia la imposición separada de la pena de prisión y de multa[8]; también cabe plantearse que de la Ley no se deduzca *ninguna relación regla general-excepción* (así, probablemente, BGH JR 1989, pág. 425 con comentario de *Bringewat*)[9]. Esta última visión mencionada se presenta como la correcta. La primera perjudicaría más de lo debido al condenado pues el ahorro pecuniario se transformaría regularmente en el detrimento más grave aparejado a la pena de prisión; además, contradice también el principio político-criminal por el que se concede preferencia a la pena de multa en el ámbito de la pequeña criminalidad. Para la relación contraria o existe ningún punto de apoyo, a la vista de la redacción de la Ley que, antes bien, habla a favor de la otra solución. En cualquier caso, político-criminalmente la mejor solución es dejar libertad al juzgador en la decisión, de un marcado carácter preventivo-especial, de si la pena de prisión debe ser elevada a costa de la de multa de modo que pueda aplicar las reglas generales de determinación de la pena.

Una *pena de multa no* puede ser incluida en una pena global con otra de prisión si ha sido prevista como *segunda pena principal* de carácter facultativo pues, de lo contrario, se perdería la especial finalidad político-criminal que en este caso está vinculada a la pena pecuniaria —por ejemplo, el gravamen del enriquecimiento obtenido con el delito (§ 41)— (§§ 53 III, 52 III). Si de esta forma se dictaron varias penas de multa que deben mantenerse autónomamente frente a

---

[7] Así, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 677; *Dreher/Tröndle*, § 53 núm. 3; *LK (9.ª)(Mösl)* § 74 núm. 10; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 56 núm. 64; E 1962 Fundamentación pág. 193; asimismo, *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1261.

[8] Así, *Schönke/Schröder/Stree*, § 53 núm. 20.

[9] Así, *Bringewat*, Gesamtstrafe págs. 94 ss.; *Cramer*, JurA 1970, pág. 210; *LK (10.ª) (Vogler)* § 53 núm. 16; *Lackner*, § 53 núm. 4; *SK (Samson)* § 53 núm. 14.

la de prisión, entonces se formará nuevamente con ellas una pena de multa global de acuerdo con la regla prevista en el § 53 I (BGH 23, 260). Otras penas de multa cuya imposición no proceda autónomamente serán incluidas en la pena de multa global de acuerdo con el § 53 I, para el caso en el que el tribunal no desee incluirla en la pena de prisión según lo previsto en el § 53 II 1 (BGH 25, 380 con comentario aprobatorio de *Küper*, NJW 1975, pág. 547)[10].

3. Una cuestión dudosa no regulada por la Ley es la de si hay que formar una pena de prisión global a partir de la concurrencia de una *pena de prisión* y un *arresto sustitutorio* que hubiera de aplicarse en lugar de la pena de multa impuesta individualizadamente (§ 43); la formación de dicha pena global tendría por finalidad última no perjudicar al condenado en la medida en que el tribunal eligió la posibilidad —más beneficiosa para aquél— de imponerle separadamente la pena de multa. La cuestión debe ser contestada *negativamente* puesto que nada habla a favor de que el legislador quisiera renunciar al principio de acumulación que con anterioridad se ordenaba expresamente para este caso de acuerdo con la precedente redacción del § 78 II; por lo demás, también surgirían dificultades derivadas tanto del pago parcial de la pena de multa como de la aplicación de los §§ 56 y 57 (BayObLG MDR 1971, pág. 860; LG Flensburg GA 1984, pág. 577)[11].

4. Para las *penas accesorias* etc. el § 53 remite a la regulación del concurso ideal (vid. *supra* § 67 IV 3). Por tanto, estas consecuencias jurídicas deben o pueden ser ordenadas si su imposición está expresamente prevista o sea admisible junto con la de una pena individual.

III. La formación de la pena global

1. El § 54 determina la forma en la que debe llevarse a cabo la pena global. Su formación se ejecuta en **tres fases**.

a) Ante todo, en la sentencia hay que imponer una **pena individual** por cada delito, lo que significa que en relación con la determinación de la pena hay que proceder básicamente como si se tratara del enjuiciamiento de *sólo* un hecho; en las penas de multa también hay que especificar la cuota diaria a pagar (BGH 30, 93 [96]). La valoración aislada del hecho individual rige también para la cuestión de si de acuerdo con el § 47 hay que aplicar excepcionalmente una pena corta de prisión. Sin embargo, se admite acertadamente que en este punto se tenga en

[10] Así también, *Schönke/Schröder/Stree*, § 53 núm. 23; *Bringewat*, Gesamtstrafe págs. 102 ss.

[11] Igualmente, *Bringewat*, Gesamtstrafe págs. 104 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 53 núm. 2; *Lackner*, § 53 núm. 4; *LK (10.ª)(Vogler)* § 53 núm. 18. De otra opinión *Schönke/Schröder/Stree*, § 53 núm. 27; *SK (Samson)* § 53 núm. 15; *Cramer*, JurA 1970, pág. 210.

consideración que el autor ha cometido varios delitos porque, de lo contrario, tampoco en la formación de una pena global podría alcanzarse una pena de prisión que posiblemente sea rigurosamente necesaria por motivos de prevención especial (BGH 24, 268 [271]; BGH *Dallinger* MDR 1970, pág. 196; OLG Hamm NJW 1977, págs. 2087 ss.)[12]. Las penas individuales poseen en muchos sentidos un significado jurídico autónomo[13], de ahí que requieran también una fundamentación autónoma (BGH 24, 268 ss.).

b) A continuación, y de acuerdo con los principios que también rigen en el concurso ideal (vid. *supra* § 67 IV 2), habrá que indagar cuál es la pena individual más grave, que se denomina **pena operativa**. Si sólo se imponen penas individuales *homogéneas* (por ejemplo, dos penas de prisión de diez y ocho meses respectivamente) entonces la pena operativa es la sanción individual que sea más alta. Si, por el contrario, se han dictado penas individuales *heterogéneas* (verbigracia, un año de prisión y una pena de multa de diez cuotas diarias de 100 DM) entonces lo será aquella pena de prisión que por su naturaleza se considera más grave (§ 54 I). Si una de las penas individuales es la cadena perpetua habrá de imponerse ésta como pena global (§ 54 I 1).

c) Determinada la pena operativa se finaliza con el **incremento** de ésta de acuerdo con el principio de exasperación. Aquí hay que tener en cuenta un **límite superior doble**. En primer lugar, de acuerdo con el § 54 II 1, la pena global no puede alcanzar la suma de las penas individuales (límite superior *relativo*). Si una pena global está formada por una pena de prisión y otra de multa (§ 53 II 1), en la medida en que se tienen en consideración las penas de multa rigen las reglas generales para el cálculo de su límite superior relativo, esto es, una cuota diaria corresponde a un día de privación de libertad (§§ 43, inciso segundo, 54 III). En segundo lugar, la pena global no puede superar en caso de prisión los 15 años y, en caso de multa, las 720 cuotas (límite superior *absoluto*). A pesar de ello, el marco punitivo máximo de las disposiciones penales infringidas puede ser superado. Dentro de dicho marco la pena global se determina como un **acto aparte de la determinación de la pena**. El § 54 I 3 suministra para ello sus propios principios de valoración que van más allá del § 46 (BGH 24, 268 [269] con comentario aprobatorio de *Jagusch*, NJW 1972, pág. 454). De acuerdo con aquella disposición deben ser valorados conjuntamente la *persona del autor* y *los*

[12] Igualmente, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 261; *Dreher/Tröndle*, § 47 núm. 10; *LK (10.ª)(Vogler)* § 53 núm. 4; *Schönke/Schröder/Stree*, § 53 núm. 10; con otra opinión *Cramer*, JurA 1970, pág. 208; *SK (Horn)* § 47 núm. 6.

[13] Vid. *Lackner*, § 53 núm. 3.

delitos individuales, algo que hace precisa una fundamentación especial de la pena global[14]. De esta forma debe lograrse que la formación de la pena conjunta no se agote en un incremento esquemático o arbitrario de la pena operativa, sino que sea un reflejo de la personalidad del autor y de los delitos individuales en su frecuencia y conexión (vid. con anterioridad la RG 44, 302 [306])[15]. Por este motivo, en la valoración de la persona del autor se tendrá sobre todo en cuenta la circunstancia de si los hechos son expresión de una inclinación criminal o si tan sólo se presentan como delitos ocasionales desconectados entre sí. Por regla general el "autor en serie" debe ser castigado más gravemente (BGH 24, 268 [270]). También el efecto de la pena sobre la vida futura del autor (§ 46 I 2) ha de ser examinado bajo el punto de vista de la existencia de una pluralidad de hechos delictivos. La valoración conjunta de los hechos individuales tendrá que conducir a evaluar la importancia global del contenido de injusto y a determinar la conexión interna existente entre aquéllos. Aquellas consideraciones vinculadas con la determinación de la pena que ya han sido utilizadas para la medición de las penas individuales no pueden ser tenidas nuevamente en cuenta en la formación de la pena global a causa de la "*prohibición de la doble valoración*" (vid. *infra* § 83 VII 1) (de otra opinión, BGH 8, 205 [210 ss.]; 24, 268 [270 ss.]; OLG Köln NJW 1953, 275 [276])[16].

A pesar de la formación de la pena global, que sólo aparece en el tenor de la sentencia, las *penas individuales* conservan su propia *relevancia*. A ellas se anudan los efectos secundarios que se dictan en la sentencia (§§ 53 III, 52 IV); son la base para la imposición de una pena patrimonial de acuerdo con el § 43a (§ 53 III); a ellas pueden ser vinculadas consecuencias jurídicas extrapenales (por ejemplo, la privación del permiso de caza); si la pena global es revocada en virtud de recurso subsisten básicamente las individuales; estas últimas, además, pueden adquirir autónomamente fuerza ejecutoria pero no son susceptibles de ser ejecutadas por adelantado.

---

[14] Críticamente al respecto *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 145 ss.; *Bringewat*, Gesamtstrafe págs. 178 ss.

[15] Así, acertadamente, BT-Drucksache V/4094 pág. 26; *Bringewat*, Gesamtstrafe págs. 141 ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 473 ss.; *Geerds*, Konkurrenz págs. 373 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 54 núm. 6; *LK (10.ª)(Vogler)* § 54 núms. 7 ss.; *Schorn*, JR 1964, págs. 45 ss.; *Schweling*, GA 1955, págs. 289 ss.; *Lackner*, § 54 núms. 6 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 54 núm. 14.

[16] Como en el texto *Dreher*, JZ 1957, pág. 157; *Dreher/Tröndle*, § 54 núm. 6; *Jakobs*, Allg. Teil 33/18; *SK (Samson)* § 54 núm. 9; *Schönke/Schröder/Stree*, § 54 núm. 15; *Schweling*, GA 1955, pág. 292. A favor de la doble valoración, sin embargo, *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 473 ss.; *el mismo*, H. Mayer-Festschrift págs. 374 ss.; *Geerds*, Konkurrenz pág. 376 nota a pie núm. 765; *LK (10.ª)(Vogler)* § 54 núm. 11; *Lackner*, § 54 núm. 6.

2. De conformidad con el § 55 **una pena global** también puede ser formada **posteriormente**. Requisito para ello es, por un lado, que el hecho enjuiciado posteriormente hubiera sido cometido *antes* que la condena inicial y, de acuerdo con ello, que hubiera debido ser traído a colación en el primer proceso para la formación de una pena global si en aquel entonces el tribunal hubiera tenido conocimiento de su perpetración. El momento decisivo para resolver el problema de si el hecho posterior fue cometido antes que la condena inicial es la publicación de la *última sentencia* por medio de la cual se resolvieron las cuestiones vinculadas a la culpabilidad y la pena y en la que, según ello, el tribunal hubiera podido imponer una pena conjunta (§ 55 I 2) (igualmente, BGH 15, 66 [69]; 17, 173 [175]; acerca de su mandamiento judicial, en el que se destaca el momento decisivo de su acuerdo, BGH 33, 230 [232])[17]. Además, la pena inicial no puede estar ejecutada, prescrita o condonada porque sólo una pena que todavía no se haya extinguido puede ser introducida en el nuevo proceso y utilizada para la determinación de la pena global (en torno a la compensación de su rigurosidad a través de la disminución de la pena operativa, BGH 31, 102 [104], o mediante la toma en consideración de ciertas exigencias en los requisitos de la suspensión condicional de la pena, BGH 33, 326). El momento decisivo de la "condena posterior" es el de la última sentencia dictada en primera instancia (BGH 2, 230 [232]; 15, 66 [71])[18]. Si en la sentencia inicial ya fue impuesta una pena global, entonces ésta debe ser anulada y, sobre la base de las penas individuales antes pronunciadas y la pena de la segunda sentencia, indagar una nueva pena operativa. Ésta es incrementada de acuerdo con las reglas generales relativas a la formación de la pena global. Las penas accesorias etc. serán dictadas unitariamente por la sentencia posterior. De estar contenidas ya en la anterior éstas siguen manteniendo básicamente su validez (§ 55 II). Si para la pena inicialmente impuesta fue aprobada la suspensión condicional (§ 56), ello no queda obstaculizado por la formación posterior de una pena global. La sustitución de la pena queda sin objeto por medio de su introducción en la nueva sentencia y en la formación de la pena conjunta el segundo órgano judicial tiene que decidir nuevamente acerca de la sustitución (BGH 7, 180). Para ello es determinante la cuantía de la pena global (§ 58 I). El abono del tiempo ya transcurrido durante la suspensión y de las prestaciones ya realizadas por el condenado están reguladas en el § 58 II. Si los hechos que sirven de base a la nueva condena tuvieron lugar en parte antes y, en parte también, después de la condena inicial, entonces deben formarse dos penas globales (RG 4, 53 [55]; BGH GA 1955, pág. 244)[19]. Si, de acuerdo con el

[17] La redacción del § 55 I 2 debe ser entendida en un sentido inclusivo; vid. *Bringewat*, Gesamtstrafe pág. 153.

[18] Por el contrario, según *Schönke/Schröder/Stree*, § 55 núm. 25, hay que estar al momento de la última sentencia de instancia antes de que tenga lugar su ejecutoriedad; en cambio, para *Schrader*, MDR 1974, pág. 719, hay que atender a la sentencia de primera instancia.

[19] A favor de la configuración de una única pena global *Sacksofsky*, NJW 1963, pág. 894; en contra, con razón, *Bender*, NJW 1964, pág. 807.

§ 55, la formación posterior de una pena global no tiene lugar en la sentencia posterior porque el tribunal no ha tenido conocimiento alguno de la sentencia inicial, entonces la resolución que está camino de adoptarse podrá ser dictada en virtud del § 460 StPO[20]. El procedimiento se sigue de acuerdo con el § 463 StPO. Excepcionalmente, la formación de una sentencia global puede dejarse para una sentencia posterior si la inicial, ciertamente, es ya firme pero el acusado, no obstante, ha interpuesto una prometedora solicitud para que el proceso se inicie de nuevo (BGH 23, 98)[21] [22]. Acerca del efecto interruptor de una condena anterior en el marco de la formación posterior de una pena global vid. BGH 33, 367 (369) con comentario crítico de *Stree*, JR 1987, págs. 73 ss[23].

§ 69 La unidad de Ley

Baumann, Straflose Nachtat und Gesetzeskonkurrenz, MDR 1959, pág. 10; *el mismo,* Amtsunterschlagung und Betrug, NJW 1961, pág. 1141; *Bockelmann,* Anmerkung zu OLG Hamm vom 4.11.1952, JZ 1953, pág. 233; *el mismo,* Zur Konkurrenz der Vermögensdelikte, JZ 1960, pág. 621; *Bruns,* Anmerkung zu BGH 30, 166, JR 1982, pág. 166; *Burgstaller,* Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBl 1978, pág. 393; *Graf zu Dohna,* Grenzen der Idealkonkurrenz, ZStW 61 (1942) pág. 131; *Dreher,* Anmerkung zu OLG Braunschweig vom 28.6.1963, MDR 1964, pág. 167; *Dünnebier,* Die Subsidiaritätsklausel, GA 1954, pág. 271; *Gelbert,* Die mitbestrafte Tat, Diss. Heidelberg 1934; *Gössel,* Die Strafzumessung im System des Strafrechts, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 357; *Hirschberg,* Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 53 (1934) pág. 34; *Honig,* Straflose Vor-und Nachtat, 1927; *Klug,* Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStW 68 (1956) pág. 399; *Köhler,* Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz, 1900; *Kohlmann,* Schließt die Verjährung der Vortat auch die Bestrafung wegen der Nachtat aus? JZ 1964, pág. 492; *Krauß,* Zum Begriff der straflosen Nachtat, GA 1965, pág. 173; *v. Krog,* Die straflosen Vor-und Nachtaten, Diss. Hamburg 1976; *Lenckner,* Anmerkung zu OLG Stuttgart vom 4.4.1973, JZ 1973, págs. 741, 794; *Mezger,* Anmerkung zu RG 70, 357, JW 1937, pág. 627; *Peters,* Einheitsstrafe

[20] Sin embargo, a pesar de esa posibilidad de corrección posterior, la formación omitida de la pena global subsiste, de acuerdo con el § 55, como un motivo de revisión (BGH 12, 1); vid. *Henßler,* NJW 1953, pág. 453.

[21] Vid. al respecto *Küper,* MDR 1970, págs. 885 ss. Vid., además, OLG Hamm, NJW 1970, pág. 1200, con comentario de *Küper,* NJW 1970, pág. 1559.

[22] Acerca de la prohibición de la reformatio in peius en la formación posterior de una pena global vid. *Bringewat,* Gesamtstrafe págs. 215 ss.; *Maiwald,* JR 1980, págs. 353 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* § 55 núm. 42. En torno a la formación posterior de una pena global vid. *Vogt,* NJW 1981, págs. 890 ss.

[23] Acertadamente, en contra de esta jurisprudencia *SK (Samson)* § 53 núm. 9.

bei Verbrechensmehrheit, Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, pág. 199; *Pflaum,* Über Gesetzeskonkurrenz, Diss. Erlangen 1898; *Rittmann,* Wesen und Bedeutung der Konsumtion im Rahmen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre, Diss. Tübingen 1955; *R. Schmlit,* Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Recht, ZStW 75 (1963) págs. 43, 179; *Schneider,* Zur Gesetzeskonkurrenz im strafrechtlichen Gutachten, JZ 1953, pág. 660; *Schneidewin,* Inwieweit ist es möglich und empfehlenswert, die Art der Konkurrenz zwischen mehreren Straftatbeständen im Gesetz auszudrücken? Materialien, Tomo I, pág. 221; *Schröder,* Anmerkung zu BGH 20, 235, JZ 1965, pág. 729; *Seier,* Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen, Jura 1983, pág. 225; *Wessels,* Zur Problematik der Regelbeispiele usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 295; *Wolter,* Verurteilung aus nicht tatbestandsmäßiger Nachtat? GA 1974, pág. 161.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes de los §§ 66 y 67

I. Naturaleza de la unidad de Ley

1. Junto con ambas clases de concurrencia propia (concurso ideal y real) tienen lugar otra serie de casos en los que varias normas penales concurren sólo en apariencia, siendo así que en realidad una excluye a la otra **(concurso impropio)**. La idea básica común a este grupo de supuestos consiste en que el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción punible puede ser estar completamente abarcado por *una* de las normas penales que entran en consideración (BGH 11, 15 [17]; 25, 373)[1]. Dado que sólo se aplica la norma primaria y que la ley desplazada no aparece en absoluto en la declaración de culpabilidad parece conveniente sustituir la expresión usual, aunque equívoca, de "concurso de normas" por la de "unidad de Ley" ("*Gesetzseinheit*")[2]. Mientras que el legislador ha establecido para

[1] Igualmente, *R. Schmitt,* ZStW 75 (1963) pág. 48; *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 660; *Burgstaller,* JBl 1978, pág. 393; *Blei,* Allg. Teil págs. 357 ss.; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 101 antes del § 52; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 730; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 102 antes del § 52; *Seter,* Jura 1983, pág. 227; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 57 antes del § 52; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1175. De modo similar *Geerds,* Konkurrenz pág. 163, atiende a si "realmente o sólo en apariencia concurre una pluralidad de legitimaciones penales". Vid. también *Köhler,* Die Grenzlinien pág. 62, quien hace énfasis en si la pluralidad de tipos penales respondían a una "pluralidad de representaciones culpables". *Vogler,* Bockelmann-Festschrift págs. 721 ss.; *Jakobs,* Allg. Teil 31/12; *v. Krog,* Die straflosen Vor— und Nachtaten pág. 14; *Wegscheider,* Konkurrenz págs. 211 ss., explican de modo convincente el concurso de normas penales por la existencia de la prohibición del doble castigo. Por el contrario, únicamente puede considerarse correcta la concepción de *Puppe,* Idealkonkurrenz págs. 313 ss., que pretende limitar el concurso de normas al criterio de la especialidad, si se sigue también su visión del concurso ideal como un supuesto en el que se da una similitud de injusto (vid. *supra* § 66 nota a pie núm. 5).

[2] Así, BGH 11, 15 (17); 18, 26 (27); 25, 373; 28, 11 (15). Vid., además, *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil págs. 257 ss.; *Geerds,* Konkurrenz pág. 156; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 356 nota a pie

el concurso ideal y real disposiciones específicas relativas a la formación del marco punitivo y a la forma y clase de determinación de la pena, en cambio, la unidad de Ley no se menciona en la Parte general porque, en definitiva, sólo es aplicada *una* norma penal a pesar de que en un principio son varias las disposiciones que parecen aplicables. Asimismo, tampoco está regulada expresamente la cuestión de *si* distintas disposiciones penales se encuentran entre sí en una relación de unidad de Ley, sino que tal aspecto debe ser contestado por medio de la interpretación de los tipos que entran en juego. A la vista de la inabarcabilidad de las posibilidades que se derivan el legislador, con acierto, ha renunciado a fijar exteriormente por medio de reglas generales las distintas relaciones de concurrencia[3].

2. La distinción entre las formas propias de concurrencia y la unidad de Ley ha perdido bastante relevancia en la medida en que la jurisprudencia, para la resolución del caso concreto, ha ido poco a poco concediendo eficacia de distinto signo a la norma desplazada (vid. *infra* § 69 III)[4]. Pero, a pesar de ese *acercamiento*, siguen existiendo significativas **diferencias frente a las modalidades propias de concurrencia**. Por una parte, en la unidad de Ley la norma que retrocede no se acoge en la declaración de culpabilidad, por lo que no contribuye a la caracterización del hecho. Por otra, en no pocas ocasiones la toma en consideración de la norma excluida en la determinación de la pena está impedida por el hecho de que sus elementos están ya contenidos en el tipo de la disposición aplicable (prohibición de la doble valoración). Finalmente, la norma desplazada queda fuera de juego si la primaria contiene un privilegio punitivo que el autor perdería recurriendo a la norma desalojada (vid. *infra* § 69 III 1)[5].

II. Los grupos de casos de la unidad de Ley

Mientras que el concurso ideal y real están claramente diferenciados por medio de los conceptos básicos de unidad de acción y pluralidad de acciones que,

núm. 2; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 101 antes del § 52; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 102 antes del § 52; *Pflaum,* Gesetzeskonkurrenz pág. 9; *Sauer,* Allgemeine Strafrechtslehre pág. 231; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 730; *Wessels,* Allg. Teil núm. 787. Entendiendo la expresión concurso de normas en el sentido de una concurrencia "*en torno* a la aplicación" *Hirschberg,* ZStW 53 (1934) pág. 37. *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. 111 antes del § 73, habla de exclusión (consunción) y *Burgstaller,* JBl 1978, pág. 393 de "concurso aparente".

[3] Vid. al respecto *Schneidewin,* Materialien Tomo I pág. 229; E 1962 Fundamentación pág. 191; BT-Drucksache V/4094 pág. 25.

[4] Para *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 103 antes del § 52 la praxis "ha reducido casi a cero" la diferencia.

[5] Vid. *Bruns,* Strafzumessungsrecht pág. 467.

respectivamente, se insertan en ellos, en cambio la unidad de Ley puede existir en ambos casos y, según ello, aparecer como "concurso ideal aparente (impropio)" o como "concurso real aparente (impropio)"[6]. De ahí que la **delimitación de la unidad de Ley** deba ser llevada a cabo mediante otros criterios. Las cuestiones que aquí emergen son *intensamente discutidas* hasta en la propia terminología. La doctrina mayoritaria distingue entre especialidad, subsidiariedad y consunción[7].

1. Concurre la relación de **especialidad** cuando una disposición penal presenta todos los elementos de otra diferenciándose únicamente de ella en que contiene un componente adicional que hace que el supuesto de hecho pueda ser considerado desde un particular punto de vista[8]. En la especialidad está presente la relación lógica de dependencia propia de la *subordinación* pues toda acción que cumple con el tipo del delito especial realiza también, necesariamente, de forma simultánea el tipo de la infracción general, algo que en el caso contrario no sucede[9]. En este caso retrocede la norma general: *"lex specialis derogat legi generali"*.

Existe siempre especialidad en la *relación entre el tipo básico y sus variantes* cualificadoras o atenuadoras (vid. *supra* § 26 III 2). Y así, el asesinato (§ 211) y el infanticidio (§ 217[10]) son disposiciones penales especiales en relación con el homicidio (§ 212), el robo con armas y en cuadrilla (§ 244), así como algunos delitos patrimoniales entre pa-

---

[6] Vid. *M. E. Mayer,* Lehrbuch págs. 501, 511; *Hirschberg,* ZStW 53 (1934) pág. 50; *Blei,* Allg. Teil pág. 357; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 102 antes del § 52; *Wessels,* Allg. Teil núm. 787. De otra opinión, *Baumann,* MDR 1959, pág. 10 nota a pie núm. 1 y *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 55 núm. 27, que limita el concepto de unidad de Ley a los supuestos de unidad de acción.

[7] En el sentido del texto, por ejemplo, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 660; *Blei,* Allg. Teil págs. 358 ss.; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 258; *Burgstaller,* JBl 1978, pág. 395; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núms. 18 ss. antes del § 52; *Jakobs,* Allg. Teil 31/19 ss.; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 105 antes del § 52; *Lackner,* nota preliminar núms. 25 ss. antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núms. 60 ss. antes del § 52; *Preisendanz,* nota preliminar núm. 111 antes del § 52; *Welzel,* Lehrbuch págs. 234 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 787; *Schmidhäuser,* Allg. Teil págs. 730 ss. Comprendiendo separadamente el hecho posterior impune *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 1195 ss.; *Wessels,* Allg. Teil núm. 795. En contra de la autonomía del concepto de la consunción *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. 111 antes del § 73; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 55 núm. 51; *Klug,* ZStW 68 (1956) págs. 406 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 131 antes del § 52.

[8] Ésta es la clara definición de *Honig,* Straflose Vor— und Nachtat pág. 113; vid., además, *Geerds,* Konkurrenz pág. 193; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núms. 108 ss. antes del § 52; *R. Schmitt,* ZStW 75 (1963) pág. 49; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 110 antes del § 52; *Burgstaller,* JBl 1978, pág. 396.

[9] Acerca de la relación lógica entre la norma general y la especial *Klug,* ZStW 68 (1956) págs. 405 ss.

[10] Actualmente el § 217 que contenía el delito de infanticidio se encuentra derogado (N del T).

rientes (§ 247) en relación con el robo básico (§ 242)[11]. Asimismo, concurre el nexo de especialidad entre los tipos que han sido elevados a *delitos autónomos* (vid. *supra* § 26 III 3) y aquellos otros de los cuales parten; así sucede con el robo (§ 249) en relación con el hurto (§ 242) y con la coacción (§ 240). Las dudas surgen sólo cuando el tipo básico se cualifica mediante *varias causas de agravación* y se plantea la cuestión acerca de la relación existente entre los distintos tipos agravados; esto sucede, por ejemplo, entre las lesiones corporales peligrosas (§ 223a[12]), las lesiones graves intencionadas (§ 225 II[13]) y las cualificadas por el resultado de muerte (§ 226[14]). Frente al criterio de la jurisprudencia[15] aquí hay que aceptar por regla general la existencia de un concurso ideal porque, de lo contrario, se perdería el especial contenido de injusto de la norma desplazada.

Lo contrapuesto a la especialidad es la *alternatividad*. Ésta existe cuando dos tipos contienen la descripción de acciones contradictorias entre sí y, por este motivo, se excluyen recíprocamente; es el caso del hurto (§ 242) y la apropiación indebida (§ 246)[16]. Dado que la unidad de Ley —prescindiendo del caso de los actos anteriores y posteriores al hecho impunes— presupone al menos un solapamiento parcial de las acciones típicas, queda ya excluida la alternatividad como subgrupo de la unidad de Ley por razones puramente lógicas.

2. La **subsidiariedad** significa que una norma penal sólo se aplica de forma auxiliar al caso concreto para cuando no lo haga otra disposición. La norma ideada como tipo de recogida retrocede ante la que se aplica primariamente: *"lex primaria derogat legi subsidiariae"*. *Honig* divisa la razón material de la subsidiariedad en "que distintas proposiciones penales protegen el mismo bien jurídico a lo largo de los distintos estadios de su ataque"[17]. La estructura lógica de la

[11] Acerca de los problemas concursales que surgen en el § 243 vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 243 núm. 59.

[12] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 (N del T).

[13] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 226 II (N del T).

[14] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 227 (N del T).

[15] Unidad de Ley entre el § 223a y los §§ 224, 225, según aceptan la BGH 21, 194 (195) y la BGH NJW 1967, pág. 297 [Las remisiones han de entenderse realizadas a los vigentes §§ 224, 226 (N del T)].

[16] Así, *Hirschberg*, ZStW 53 (1934) pág. 48; *Honig*, Straflose Vor— und Nachtat pág. 113; *v. Liszt/Schmidt*, pág. 357; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 55 núm. 12; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 106 antes del § 52. Un concepto anterior de alternatividad, ampliamente extendido, ha quedado ya carente de objeto por medio del ajuste de los marcos punitivos, al respecto vid. *Klug*, ZStW 68 (1956) págs. 409 ss.

[17] *Honig*, Straflose Vor-und Nachtat pág. 113; vid., además, *Hirschberg*, ZStW 53 (1934) págs. 46 ss., así como *Burgstaller*, JBl 1978, págs. 400 ss., con los grupos de casos tentativa-consumación, preparación-tentativa y puesta en peligro-lesión. Por el contrario, *Geerds*, Konkurrenz pág. 179, se conforma frente a *Honig* con una definición formal. *Jakobs*, Allg. Teil 31/26, considera la subsidiariedad como un caso de la especialidad.

subsidiariedad no responde a la idea de subordinación sino a la de coincidencia parcial (intersección)[18].

Ejemplos: Hay casos de la acusación falsa (§ 164) que, simultáneamente, suponen la simulación un delito (§ 145d); sin embargo, también hay supuestos de hecho que sólo suponen la realización de uno u otro tipo. La misma relación existe entre la estafa (§ 263) y el abuso de máquinas automáticas (§ 265a), así como entre el robo con extorsión (§ 239a) y la toma de rehenes (§ 239b) (BGH 25, 386).

La relación de subsidiariedad se deriva o del tenor literal de la norma[19] o de la interpretación del contexto de varias disposiciones penales. Según ello, se diferencia entre subsidiariedad *expresa (formal)* e *implícita (material)*[20]. La vigencia auxiliar de una norma puede estar regulada de modo que deba ceder frente a *cualquier* otra disposición penal (por ejemplo, como sucedía con el § 143 I 2 en su redacción anterior) (subsidiariedad *absoluta*). Por regla general, sin embargo, un tipo sólo disfruta de preferencia si castiga la acción con una pena *más grave* (por ejemplo, §§ 125, 145d, 248b, 265a) (subsidiariedad *relativa*). Asimismo, en la mayoría de las ocasiones habrá que aceptar que la disposición penal subsidiaria sólo debe ceder frente a una norma que comprenda las acciones desde la *misma dirección de ataque*, pues ésta es la razón interna para la preferencia de la norma primaria a aplicar (BGH 6, 297 [298])[21].

a) La subsidiariedad implícita rige, por un lado, cuando en *una* persona concurren la autoría y la participación o, en su caso, distintas formas de participación, siempre referidas al mismo delito; en estos casos la forma más débil de intervención cede frente a la de mayor intensidad (vid. *supra* § 64 IV 2)[22]. Si, por ejemplo, se interviene como cómplice en un delito a cuya comisión se ha inducido al autor, la complicidad aparece como figura subsidiaria frente a la inducción; si el autor se procura un coautor es sólo responsable por la autoría y no responde además por su instigación. Subsidiaria es también la comisión imprudente del hecho frente a la dolosa en relación a un mismo objeto de la acción; es el caso, por ejemplo, de un conductor que omite el auxilio a un peatón

[18] Para más detalles vid. *Klug*, ZStW 68 (1956) pág. 406; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 732; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1190.

[19] Advirtiendo sobre la utilización de la cláusula de subsidiariedad por la Ley, *Schneidewin*, Materialen Tomo I pág. 224. En torno a las dudas interpretativas vid. la BGH GA 1974, pág. 149.

[20] Vid. *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núms. 118 ss. antes del § 52; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núms. 106 ss. antes del § 52; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1191 ss.

[21] Asimismo, *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 119 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 63 antes del § 52; disiente *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 106 antes del § 52, quien en caso de duda pretende aceptar un desplazamiento incondicional.

[22] Vid. *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 107 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 70 antes del § 52.

herido por él y que fallece a causa de la prestación inmediata de ayuda (de otra opinión, BGH 7, 287 [288]).

b) El segundo grupo de subsidiariedad implícita viene constituido por los *delitos de tránsito*. Éstos comprenden estadios previos de la realización del hecho punible y pierden su significado autónomo tan pronto como tiene lugar una fase siguiente en el menoscabo del bien jurídico protegido *(delito previo impune)*. Aquí pertenecen los actos preparatorios punibles autónomamente (por ejemplo, § 30, vid. *supra* § 65 V), la tentativa y los delitos que, de acuerdo con su naturaleza, deben atravesar siempre por varios tipos penales como, verbigracia, el homicidio por las lesiones corporales (BGH 16, 122; 21, 265; 22, 248). Asimismo, es subsidiario bajo el punto de vista del delito previo impune, el delito de peligro concreto frente al de lesión en la medida en que el resultado de peligro no vaya más allá del daño acaecido; en cambio, los delitos de peligro abstracto, al dirigirse contra bienes jurídicos de la colectividad, conservan su significado autónomo[23].

Ejemplos: Y así, el desamparo de un niño recién nacido (§ 221) es subsidiario frente al infranticidio (§ 217[24]) (RG 68, 407 [409]); en cambio, para el § 315c en relación con el § 222 hay que aceptar la existencia de un concurso ideal[25].

3. Especialmente discutido es el criterio de la **consunción** (BGH 10, 312 [314 ss.])[26]. Con carácter general sobre ello sólo puede decirse que hay que aceptar su existencia cuando el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción típica incluye también otro hecho o, en su caso, otro tipo; de este modo, la condena desde *uno* de los puntos de vista jurídicos que se plantean agota y expresa el desvalor del suceso en su conjunto: *"lex consumens derogat legi consumptae"*[27]. La diferencia entre la consunción y la subsidiariedad reside en que aquí los distintos

---

[23] Vid. *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 129 antes del § 52; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núm. 1193 en relación con el peligro común de los §§ 312 ss.

[24] Actualmente el § 217 que acogía el delito de infanticidio se encuentra derogado (N del T).

[25] Así, *Lackner,* § 315c núm. 35; *Dreher/Tröndle,* § 315c núm. 23.

[26] Acerca del concepto de la consunción vid. *Baumann/Weber,* Allg. Teil págs. 662 ss.; *Burgstaller,* JBI 1978, pág. 459; *Geerds,* Konkurrenz pág. 222; *KÖhler,* Die Grenzlinien págs. 88 ss.; *Kühl,* Allg. Teil § 21 núms. 60 ss.; *Rittmann,* Konsumtion págs. 40 ss.; *Schmidhäuser,* Allg. Teil pág. 733; *SK (Samson)* nota preliminar núms. 71 ss. antes del § 52; *Welzel,* Lehrbuch pág. 235. Consideran que el concepto de la consunción es superfluo *Klug,* ZStW 68 (1956) pág. 415; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 55 núm. 51; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 131 antes del § 52 y *R. Schmitt,* ZStW 75 (1963) pág. 55. Por el contrario, en la obra de *Kohlrausch/Lange,* nota preliminar núm. III antes del § 73 la expresión "consunción" (con las subclasificaciones de especialidad, subsidiariedad y hecho posterior impune) aparece en lugar de la de "unidad de Ley".

[27] Vid. *Blei,* Allg. Teil pág. 360; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 20 antes del § 52; *Lackner,* nota preliminar núm. 27 antes del § 52; *LK (11.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 131 antes del § 52; *Stratenwerth,* Allg. Teil I núms. 1187 ss.

tipos penales no se encuentran entre ellos en una determinada relación lógica, pero sí están sujetos por una cercana relación *criminológica* que el legislador también tiene en cuenta en el establecimiento de los marcos penales pertenecientes a los tipos implicados[28]. Lo que se ha afirmado únicamente puede explicarse de la mano de los casos incluidos en la consunción.

a) Una acción típica posterior al delito con la que se pretenda asegurar, aprovechar o utilizar el beneficio ilícito obtenido a través del primer hecho, queda consumido si con ella no se lesiona ningún otro bien jurídico y no supone una ampliación cuantitativa de la medida de los daños ya acaecidos (**hecho posterior** impone o, mejor, **copenado**) (BGH 6, 67; BGH NStZ 1987, pág. 23)[29]. Lo *típico* de la relación entre el delito y la acción que le sucede consiste aquí en que el autor, por regla general, también debe cometer el hecho posterior para hacerse con las ventajas derivadas del hecho principal. Y así, la apropiación de la cosa robada por el ladrón constituye una apropiación indebida a comprender autónomamente (según la BGH 14, 38 [45] estaría incluso ausente el tipo de la apropiación indebida[30]), porque con ella tan sólo se realiza el ánimo de apropiación del § 242; no obstante, su venta a un tercero de buena fe hay que castigarla como estafa porque con la entrada del patrimonio del adquirente se lesiona un nuevo bien jurídico (RG 49, 16 [20]). Lo mismo rige para la relación entre la apropiación indebida y la estafa (RG 62, 61)[31]. Si por medio de un documento robado se origina a la víctima de la sustracción un perjuicio adicional cometido a través de una estafa, entonces el hecho posterior es punible autónomamente (RG 49, 405 [408]; 64, 281 [284])[32]. El hecho

[28] A diferencia de la especialidad, en la consunción no existe la relación de subordinación; vid. *Klug*, ZStW 68 (1956) pág. 409.

[29] Vid. *Honig*, Straflose Vor— und Nachtat pág. 81; *Geerds*, Konkurrenz págs. 205 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 137 antes del § 52; *Wessels*, Allg. Teil núm. 795. Recomendando una ampliación del concepto del hecho posterior *Baumann*, MDR 1959, págs. 10 ss. Por el contrario, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 56 núm. 23 y *Jakobs*, Allg. Teil 31/34 consideran al hecho posterior como "algo valorado definitivamente por el hecho anterior". *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 112 antes del § 52; *R. Schmitt*, ZStW 75 (1963) pág. 55 y esencialmente también *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1195, incluyen el hecho posterior impune dentro de la categoría de la subsidiariedad.

[30] En contra, con razón, *Baumann*, NJW 1961, pág. 1141; *Bockelmann*, JZ 1960, pág. 621; *Schönke/Schröder/Eser*, § 242 núm. 76; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1196.

[31] Referencias jurisprudenciales adicionales pueden verse en *Gelbert*, Die mitbestrafte Tat págs. 6 ss., 12 ss., 19 ss. Especialmente en relación con la estafa de aseguramiento *Schönke/Schröder/Cramer*, § 263 núms. 184 ss.

[32] Dudosa es la cuestión de si también la destrucción posterior de la cosa está ya retribuida por el § 242 o, en su caso, por el § 246, tal y como la jurisprudencia (RG 35, 64 [65]) y la doctrina mayoritaria (con *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 114 antes del § 52, a la cabeza) acepta. Esta posibilidad debe ser no obstante negada puesto que la destrucción del botín no constituye una acción de apropiación; vid. *Jakobs*, Allg. Teil 31/35; *Jescheck*, ZStW 67 (1955)

posterior consumido también es impune cuando el cometido previamente está castigado con una pena inferior; así sucede, verbigracia, con la apropiación indebida (§ 246) frente a la inducción a una receptación (§§ 26, 259), así como también cuando el hecho previo no puede ser materialmente castigado (por ejemplo, a causa de la impunidad de su tentativa, ausencia de querella o el advenimiento de su prescripción[33]); el motivo de tal impunidad radica en que el tipo penal comprensivo del hecho previo configura en estos casos la base de valoración *exclusiva* para el conjunto del acontecimiento. Por el contrario, para el *tercero* el hecho posterior permanece como fundamento adecuado de su propia punibilidad por *participación, receptación* y *encubrimiento real*, pues no es la tipicidad del hecho posterior lo que está ausente sino, propiamente, la punibilidad de su autor (RG 67, 70 [77]).

b) También queda consumido el **hecho típico concomitante**[34]. Se acepta la existencia de un caso de esta naturaleza cuando el legislador, con ocasión del establecimiento de una norma penal cualificadora, ha tenido ya en cuenta la circunstancia de que el hecho, regularmente, tiene lugar en conexión con otro cuyo contenido de injusto es sustancialmente inferior y que, frente al hecho principal, carece de importancia[35]. Esto rige, por ejemplo, para el caso del allanamiento de morada (§ 123) y los daños (§ 303) en relación con el robo con fuerza (§ 243 núm. 1) (RG 40, 430 [431]; BGH 22, 127 [129])[36], para las injurias (§ 185) en relación con los delitos sexuales (RG 45, 344; BGH 8, 357 [359] a favor de la especialidad), para los daños (§ 303) en relación con el homicidio (§ 212), para la agresión al conductor de un vehículo con finalidad de robarle (§ 316a) en relación

---

pág. 535; *Krauß*, GA 1965, pág. 180; *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre pág. 242. Mostrando sus dudas *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 50 antes del § 52.

[33] Así, OLG Braunschweig, NJW 1963, pág. 1936. De acuerdo *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 684; *Blei*, Allg. Teil pág. 363; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 56 núm. 44; *Krauß*, GA 1965, pág. 178; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 116 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 76 antes del § 52; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1204; *Welzel*, Lehrbuch pág. 228. En contra, BGH *Dallin*ger MDR 1955, pág. 269; BGH JZ 1968, pág. 710; GA 1971, pág. 83; NStZ 1993, pág. 96; *Dreher*, MDR 1964, pág. 167; *Geerds*, Konkurrenz pág. 229; *Kohlmann*, JZ 1964, pág. 492; *LK (10.ª) (Vogler)* nota preliminar núm. 146 antes del § 52; *Sauer*, Allg. Strafrechtslehre pág. 242; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 734; *Wessels*, Allg. Teil núm. 796. Vid., además, *Wolter*, GA 1974, pág. 161 ss

[34] Vid. al respecto *Geerds*, Konkurrenz págs. 216 ss.; *Hirschberg*, ZStW 53 (1934) págs. 43 ss.; *Jakobs*, Allg. Teil 31/30 ss.; *LK (10.ª)(Vogler)* nota preliminar núm. 132 antes del § 52; *Welzel*, Lehrbuch pág. 235; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1188 ss.

[35] A favor de una extensa restricción del concurso ideal a través del concepto del hecho concomitante típico, *Graf zu Dohna*, ZStW 61 (1942) pág. 136; *Peters*, Kohlrausch-Festschrift pág. 222.

[36] A ello no afecta el hecho de que el § 243 I 1 se presente sólo como una regla de determinación de la pena; vid. *Dreher/Tröndle*, § 243 núm. 45; *Schönke/Schröder/Eser*, § 243 núm. 59; *Wessels*, Maurach-Festschrift pág. 308. En contra, *Gössel*, Tröndle-Festschrift pág. 366.

con la tentativa de robo (§§ 249, 22) (BGH 25, 373), para la adquisición de munición ilegal (§ 18 I núm. 3 WaffG 1968) en relación con su posesión (§ 25 I núm. 3 WaffG 1938) (BayObLGE 73, 171), para la apropiación indebida (§ 246) en relación con la administración fraudulenta (§ 266) (OLG Stuttgart JZ 1973, 739 [741] con comentario aprobatorio de *Lenckner*, JZ 1973, pág. 796). La idea de la consución del hecho concomitante, sin embargo, no puede ser aplicada cuando el delito acompañante queda fuera del curso regular del acontecimiento y presenta un contenido de injusto propio; así sucede, por ejemplo, con el ladrón que destruye algo de valor extraordinario (verbigracia, la ventana de una iglesia) para poder ejecutar el robo. También hay que aceptar un concurso ideal en detrimento de la consunción para la relación entre el § 251 con el § 250 —con excepción del núm. 3[37]— (de otra opinión, BGH 21, 183).

III. Tratamiento de la unidad de Ley

Ante la existencia de una unidad de Ley la norma desplazada debería quedar completamente fuera de toda consideración; sin embargo, el principio de la completa absorción delictiva ha sido modificado considerablemente por parte de la jurisprudencia **(principio de combinación)**[38]. Dado que la norma que retrocede puede influir sobre la sentencia, deben ser examinados y comprobados todos los casos en los que tal influencia tiene lugar[39].

1. En el desistimiento de la tentativa, junto a la abrogación de la pena por la comisión imperfecta, se castiga autónomamente el delito consumado contenido en aquélla *(tentativa cualificada)*, incluso aunque en sí mismo el tipo correspondiente esté excluido a causa de la unidad de Ley (vid. supra § 51 VI 2). Si el delito primario no puede ser castigado debido a una causa personal de exclusión de la pena o por la falta de un requisito de procedibilidad, entonces puede recurrirse —prescindiendo del caso del hecho posterior copenado (vid. supra § 69 II 3a)— al delito desplazado.

Ejemplo: El hijo comete un robo con fuerza en casa de los padres (§ 247) y los afectados y los afectados se querellan sólo por allanamiento de morada (§ 123) y daños (§ 303).

---

[37] La última referencia debe entenderse realizada al vigente § 250 II núm. 3 (N del T).

[38] Vid. al respecto *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 23 antes del § 52; *Dünnebier*, GA 1954, págs. 273 ss.; *Jescheck*, ZStW 67 (1955) págs. 535 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 141 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar núm. 78 antes del § 52; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núms. 1200 ss. De otra opinión, *Geerds*, Konkurrenz págs. 230 ss.; *Burgstaller*, JBl 1978, pág. 469 (en relación con el Derecho austríaco).

[39] Así, acertadamente, *Schneider*, JZ 1953, pág. 660.

No obstante, la norma excluida queda sin aplicar si por medio del tipo primario se debe privilegiar al autor (BGH 24, 262 [266]). La punibilidad del delito desplazado no puede resurgir en este caso porque, de lo contrario, el autor sería tratado más severamente que cuando fuera aplicable la disposición penal primaria. De este modo, no puede recurrirse al § 240 cuando no se interpone querella de acuerdo con los §§ 237, 238 (BGH 19, 320 [321])[40]. Tampoco reaparece la punibilidad de acuerdo con el § 30 I, II, cuando posteriormente el autor desiste de la tentativa (vid. supra § 65 IV 1).

2. Además, la norma desplazada tiene influencia sobre el **marco punitivo** de la disposición que resulta aplicable. Y así, debe ser tenido en cuenta un límite mínimo de la pena más alto (BGH 1, 152 [156]; 10, 312 [315]) y el tribunal puede tomar para su imposición las penas accesorias y medidas de seguridad (§ 11 I núm. 8) de la norma excluida (BGH 7, 307 [312]; 8, 46 [52])[41]. El resultado se corresponde, pues, con la regulación del concurso ideal.

3. Tambien en la **determinación de la pena** puede ser tenida en cuenta con efectos agravatorios la norma desplazada por la unidad de Ley; ello puede hacerse en la medida en que no se trate de elementos que pertenezcan al tipo de la disposición penal aplicable (RG 59, 147 [148]; 62, 61 [62]; 63, 423 [424]; RG HRR 1939 núm. 471; OGH 2, 324 [328]; BGH 19, 188 [189])[42].

---

[40] Asimismo, *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 136 antes del § 52; *Stratenwerth*, Allg. Teil I núm. 1204; *Welzel*, Lehrbuch pág. 235. De otra opinión *Jakobs*, Allg. Teil 32/47.

[41] Así, con razón, *Bockelmann*, JZ 1953, pág. 235; *Cramer*, JurA 1970, pág. 207; *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 23 antes del § 52; *Haft*, Allg. Teil pág. 265; *Lackner*, nota preliminar núm. 29 antes del § 52; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 141 antes del § 52; *SK (Samson)* nota preliminar § 78 núm. 52. Por el contrario, no existe ninguna vinculación con la pena máxima de la norma desplazada (BGH 30, 166 [167 ss.] con comentario aprobatorio de *Bruns*, JR 1982, pág. 166).

[42] Vid. Bruns, Strafzumessungsrecht págs. 465 ss.; Schönke/Schröder/Stree, nota prelimina núm. 141 antes del § 52. Las objeciones realizadas por Maurach/Gössel/Zipf, Allg. Teil II § 55 núm. 25 y Geerds, Konkurrenz págs. 231 ss., se han tenido en cuenta por medio de la restricción realizada en el texto principal.

Tercera Parte
LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

La configuración jurídica y la aplicación real de las sanciones penales determinan seguramente el espíritu de un sistema jurídico-penal de forma más intensa a como lo hacen las normas generales sobre los presupuestos de la punibilidad. El Derecho de las sanciones ha sido durante las últimas décadas objeto de los esfuerzos reformistas del legislador alemán y encuentra también un creciente interés en la Ciencia y en la Criminología. A continuación se expondrá el régimen jurídico de las sanciones penales en Derecho alemán. De acuerdo con el principio de la "doble vía" aquéllas se dividen en *penas* (prisión, multa y la pena accesoria de prohibición de conducir [§§ 38-44]) y *medidas de seguridad* de corrección y aseguramiento (§§ 61-72); además, en el StGB están también previstas las "*consecuencias accesorias*" del delito, esto es, la pérdida de la condición de funcionario y del derecho de sufragio (§§ 45-45b), la pérdida de los beneficios obtenidos con el delito (§§ 73-73e) y el comiso (§§ 74-75). De un especial significado práctico es la cuestión de cuáles son los criterios para la *medición* de las sanciones (al respecto, *infra* §§ 82, 83).

§ 70 Tendencias y problemas de la Política criminal

H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994; *H.-J. Albrecht/Schädler,* Die gemeinnützige Arbeit auf dem Weg zur eigenständigen Sanktion? ZRP 1988, pág. 278; *P.-A.* Albrecht, Spezialprävention angesichts neucr Tätergruppen, ZStW 97 (1985) pág. 831; *Allen,* The Decline of the Rehabilitative Ideal, 1981; *Alschuler,* The Failure of Sentencing Guidelines, University of Chicago Law Review 58 (1991) pág. 901; *Ashworth,* Reform des englischen Strafzumessungsrechts, ZStW 106 (1994) pág. 605; *Baumann* y otros, Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), 1992; *Baurmann,* Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, GA 1994, pág. 368; *Bishop,* Non-Custodial Alternatives in Europe, 1988; *Blau,* Diversion und Strafrecht, Jura 1987, pág. 25; *Dirnaichner,* Der nordamerikanische Diversionsansatz usw., 1990; *Dolcini/Paliero,* Alternativen zur kurzen Freiheitsstrafe in Italien und im Ausland, ZStW 102 (1990) pág. 222; *Dolde/Rössner,* Auf dem Wege zu einer neuen Sanktion, ZStW 99 (1987) pág. 424; *Driebold,* Sanktionsverzicht? en: *Peters* (ed.), Muß

Strafe sein? 1993, pág. 27; *Dünkel/Spieß* (ed.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1983; *Eser,* Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität? Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 833; *Feuerhelm,* Gemeinnützige Arbeit als Alternative in der Geldstrafenvollstreckung, 1991; *Frase,* The Uncertain Future of Sentencing Guidelines, Law and Inequality 12 (1993) pág. 1; *Frehsee,* Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; *Frisch,* Die Magregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990) pág. 343; *Frister,* Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", 1993; *Hassemer,* Konstanten kriminalpolitischer Theorie, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 501; *el mismo,* Bilder vom Strafrecht, en: Böllinger/Lautmann (edrs.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft, 1993, pág. 235; *Heinz,* Strafrechtsreform und Sanktionsentwicklung usw., ZStW 94 (1982) pág. 632; *el mismo,* Diversion im Jugendstrafverfahren, ZStW 104 (1992) pág. 591; *el mismo,* Strafzumessungspraxis im Spiegel der empirischen Strafzumessungsforschung, en: *Jehle* (ed.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, pág. 85; *Heinz/Storz,* Diversion im Jugendstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland, 1992; *Hertle,* Schadenswiedergutmachung als opfernahe Sanktionsstrategie, 1994; *Hirsch,* Bilanz der Strafrechtsreform, Gedächtnisschrift für H. Kaufmann, 1986, pág. 133; *el mismo,* Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1990) pág. 534; *von Hirsch,* Doing, Justice, 1976; *el mismo,* Gegenwärtige Tendenzen in der amerikanischen Strafzumessungslehre, ZStW 94 (1982) pág. 1047; *el mismo,* Past or Future Crimes, 1985; *von Hirsch/Jareborg,* Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; *von Hirsch/Knapp/Tonry,* The Sentencing Commission and its Guidelines, 1987; *Horn,* "Bewährungsstrafe": Bewährung, sonst Strafe, ZRP 1990, pág. 81; *Horstkotte,* Rückblick auf die strafrechtsreform 1969, BewH 1984, pág. 2; *Janssen,* Diversion, en: *Kerner* (ed.), Diversion statt Strafe? 1983, pág. 15; *Jareborg,* Zur Reform des schwedischen Strafzumessungsrechts, ZStW 106 (1 994) pág. 140; *Jareborg/von Hirsch,* "Neoklassizismus" in der skandinavischen Kriminalpolitik, en: *Eser/Cornils* (edrs.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, pág. 35; *Jescheck,* Die Krise der Kriminalpolitik, ZStW 91 (1979) pág. 1037; *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,* Le nouveau droit pénal allemand mis à l'épreuve, Archives de politique criminelle 8 (1985) p.153; *el mismo,* Grundsätze der Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, Festschrift für K. Miyazawa, 1995, pág. 363; *Jescheck/Grebing* (edrs.), Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht, 1978; *Kaiser,* Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 685; *el mismo,* Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990; *el mismo,* Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, 9.ª ed. 1993; *Kerner,* Unbeabsichtigte und unerwünschte Nebenforgen der JGG-Reform, en: *BMJ* (ed.), Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis, 1989, pág. 265; *Kürzinger,* Bundesrepublik Deutschland, en: *Jescheck* (ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und

ausländischen Recht, Tomo III, 1984, pág. 1737; *Kuhlen,* Diversion im Jugendstrafverfahren, 1988; *Kunz,* Leitlinien der Strafrechtsreform im Sanktionsbereichs 1988, pág. 61; *el mismo,* Kriminologie, 1994; *Lackner,* § 13 StGB — eine Fehlleistung des Gesetzgebers? Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 117; *Lipton/Martinson/Wilks,* The Effectiveness of Correctional Treatment, 1975; *von Liszt,* Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883) pág. 1; *el mismo,* Kriminalpolitische Aufgaben, en: Aufsätze und Vorträge, Tomo I, 1905, pág. 290; *Marvell,* Sentencing Guidelines and Prison Population Growth, Journal of Criminal Law and Criminology 85 (1995) pág. 696; *J. Meyer/Dessecker/Smettan* (edrs.), Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, 1989; *Moos,* Positive Generalprävention und Vergeltung, Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 283; *Morris,* The Future of Imprisonment, 1974; *Müller-Dietz,* Integrationsprävention und Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 813; *Naucke,* Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982) pág. 525; *Perron,* Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall, JZ 1993, pág. 918; *Radzinowicz,* Rückschritte in der Kriminalpolitik, ZStW 105 (1993) pág. 247; *Roxin,* Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 (1969) pág. 613; *el mismo,* Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *el mismo,* Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativentwürfen, JA 1980, pág. 549; *el mismo,* Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en: *Schöch* (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, pág. 37; *Schall,* Auf der Suche nach strafrechtlichen Modifikationen und Alternativen, en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13. Bundestagung, 1990, pág. 339; *Schaffmeister,* Durch Modifikation zu einer neuen Strafe, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 991; *Schöch,* Empirische Grundlagen der Generalprävention, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1081; *el mismo* (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987; *el mismo,* Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C zum 59. DJT, 1992; *Schreckling,* Bestandsaufnahmen zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland, 1991; *Schumann/Berlitz/Guth/Kaulitzki,* Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention, 1987; *Snacken/Beyens/Tubex,* Changing Prison Populations in Western Countries, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 3 (1995) pág. 18; *Stratenwerth,* Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *Tonry,* Structuring Sentencing, Crime and Justice 10 (1988) pág. 267; *Traulsen,* Die Entwicklung der ambulanten Sanktionen nach allgemeinem Strafrecht seit der Strafrechtsreform, BewH 1993, pág. 87; *Walter,* Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität, ZStW 95 (1983) pág. 32; *Weigend,* "Neoklassizismus" — ein transatlantisches Mißverständnis, ZStW 94 (1982) pág. 801; *el mismo,* Die kurze Freiheitsstrafe — eine Sanktion mit Zukunft? JZ 1986, pág. 260; *el mismo,* Richtlinien für die Strafzumessung, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, pág. 579; *el mismo,* Renaissance der kurzen Freiheitsstrafe? en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13. Bundestagung, 1990, pág. 495; *el mismo,* Sanktionen ohne Freiheitsentzug, GA 1992, pág. 345; *el mismo,*

Fragen der Rechtsstaatlichkeit beim Täter-Opfer-Ausgleich, en: *Marks/Meyer/Schreckling/Wandrey* (edrs.), Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis, 1993, pág. 37; *Weßlau,* Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? StV 1991, pág. 226; *Zipf,* Die Integrationsprävention, Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 479.

I. Compensación por la culpabilidad y prevención como puntos de vista directrices

1. La configuración, aplicación y reforma del sistema de sanciones en atención a las cambiantes relaciones sociales es un fenómeno definido esquemáticamente por medio del concepto de "*Política criminal*" (en sentido estricto[1]) (vid. *supra* § 4). La **misión** que se asigne a la **pena** estatal como medio primario de reacción posee un significado decisivo para la orientación básica de una Política criminal. Desde antaño aquí existen dos puntos de partida que están en conflicto entre sí: Uno subraya el *sentido* de la pena y lo hace residir en la compensación del injusto cometido por el autor; el otro hace énfasis en la *finalidad* de la sanción que puede residir tanto en la influencia sobre la sociedad (prevención general) como también sobre el autor mismo (prevención individual) con el objetivo de prevenir delitos adicionales (más detalladamente al respecto *supra* § 8 II-V)[2]. En el estrecho ámbito de la determinación de la pena el legislador ha intentado a través del § 46 I hacer mención de estas dos concepciones de diverso signo y, simultáneamente, conducirlas a una relación armoniosa: "La culpabilidad del autor es la base para la medición de la pena. Se tendrán en cuenta los efectos esperados de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad".

Una Política criminal razonable depende esencialmente del sentido *y* finalidad que se da a las sanciones, por lo que resulta apropiado crear un sistema de consecuencias jurídicas que pueda graduarse de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad y que, al mismo tiempo, pueda contribuir a evitar nuevos delitos. Si, por el contrario, unilateralmente se sitúa en primer plano uno de ambos aspectos

[1] En un sentido amplio también pertenece a la Política criminal la adaptación de los presupuestos de la punibilidad y de los tipos penales a las exigencias de la época, así como la adecuada configuración del proceso penal y de la ejecución de la sanción punitiva; vid. *Kaiser,* Kriminologie § 119 núms. 6-10; con una definición conceptual todavía más amplia, *Maurach/Zipf,* Allg. Teil I § 3 núm. 20 ("La Política criminal...se ocupa de la extracción y realización de los conocimientos jurídicos en la lucha contra el delito"); acerca de las funciones que debe cumplir una teoría político-criminal *Hassemer,* Lange-Festschrift págs. 508 ss.

[2] Instructivas en este punto son las exposiciones de *Hassemer,* Einführung págs. 281 ss.; *Roxin,* Allg. Teil I § 3 núms. 2-53.

ello conducirá en última instancia a una Política criminal inhumana o injusta: si exclusivamente se comprende la pena como retribución de la culpabilidad se le infiere al autor un considerable daño al situarlo como meta, sin que se derive ni para él ni para nadie ventaja de ningún tipo; si se orienta la pena sólo a su finalidad social (por ejemplo, a la intimidación o a la "curación" del autor) se llega por distintos casos a sanciones que no guardan proporción con el injusto culpablemente realizado por el autor (verbigracia, en un ladrón en el que se comprueba la existencia de un peligro de reincidencia condicionado por razones psíquicas y al que se intenta "curar" a través de un tratamiento psiquiátrico forzoso de varios años).

2. Durante las últimas décadas en el debate político-criminal internacional se ha desplazado en muchas ocasiones el peso específico atribuido a ambas direcciones.

a) Sobre la base de impulsos provenientes de la psiquiatría y la psicología, así como de la "Escuela moderna" del Derecho penal (al respecto vid. *supra* § 8 IV 3, 4), y bajo el signo de la **idea de tratamiento**, surgió en la primera mitad del siglo XX una orientación de la finalidad del sistema sancionador referida a la persona del autor. Se quiso superar por anticuada la visión retributiva de la pena a través de una sanción "positiva" que desplegara sus efectos curativos y educadores sobre el autor, para la que el delito cometido debía ser sólo el motivo pero no la razón fundamental[3]. Los defensores de esta dirección partieron (a menudo sin expresarlo) de la aceptación de que las sanciones penales, aplicadas "individualizadamente" al autor y dosificadas correctamente, permitirían eliminar el riesgo de reincidencia o, al menos, disminuirlo considerablemente. Fruto típico de la idea de tratamiento fue la pena de prisión indeterminada cuya duración debía ser adaptada a los avances del condenado en su rehabilitación que fueran comprobados por las autoridades penitenciarias[4].

---

[3] Básico en este punto es el "Programa de Marburgo" de Franz *von Liszt*, ZStW 3 (1883) pág. 1; acerca de su trasfondo filosófico *Naucke*, ZStW 94 (1982) págs. 533-539; sobre su desarrollo posterior, *Roxin*, ZStW 81 (1969) pág. 613. Sobre el origen de la "ideología del tratamiento" en la "mala conciencia del Derecho penal que castiga", *Hassemer*, en: *Böllinger/Lautmann* (edrs.), Vom Guten, das noch stets das Böse schafft págs. 241-243.

[4] En Alemania existió la pena de prisión indeterminada existió hasta el año 1990 en Derecho penal juvenil (§ 19 JGG en su antigua redacción); dicha pena está extendida todavía en los Estados Unidos (vid., por ejemplo, Criminal Law of Florida § 775.082; Ohio Criminal Code § 2929.11).

b) Aproximadamente desde finales de los años sesenta, sobre todo en el espacio de habla anglosajona, se comprueba una vuelta hacia atrás de la **teoría de la pena que se orienta a la culpabilidad**[5]. Este giro repentino ha tenido diversas causas[6]. Determinante podría haber sido el reconocimiento de que una política sancionadora dirigida exclusivamente a la prevención individual conduce inevitablemente a gravosos déficits de la Justicia, en tanto que se pierde el *sentido* compensatorio de la culpabilidad del autor que posee la pena[7]. Sobre esto, distintos estudios empíricos pusieron en duda que las penas, especialmente las de prisión, desarrollaran de forma mensurable una eficacia preventivo-especial[8]; pero cuando la "terapia" clínica disponible no permite curar la enfermedad de la criminalidad, entonces se derrumba la base empírica de la idea de tratamiento y las amplias restricciones a la libertad que son "recetadas" con la finalidad de la profilaxis delictiva pierden su justificación. De ahí que sobre todo en Inglaterra y en los Estados Unidos se compruebe desde los años setenta una fuerte tendencia a la imposición de las sanciones atendiendo exclusivamente al criterio del injusto (gravedad del hecho y frecuencia en la reincidencia)[9]. Sin embargo, en contra de lo esperado, en los Estados Unidos esta tendencia no condujo a una atenuación

---

[5] De la rica literatura americana vid. *Allen*, The Decline of the Rehabilitative Ideal, 1981; *von Hirsch*, Doing Justice, 1976; *el mismo*, Past or Future Crimes, 1985; *Morris*, The Future of Imprisonment, 1974; pueden encontrarse resúmenes en lengua alemana: *von Hirsch*, ZStW 94 (1982) pág. 1047; *Weigend*, Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln págs. 584-597. Acerca del correspondiente desarrollo en Suecia vid. *Jareborg*, ZStW 106 (1994) pág. 140; *Jareborg/von Hirsch*, en: *Eser/Cornils* (edrs.), Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik pág. 35. Crítico con la idea de prevención especial en Alemania, *P.-A. Albrecht*, ZStW 97 (1985) pág. 831.

[6] Al respecto vid. *Weigend*, ZStW 94 (1982) págs. 805 ss.

[7] Fundamental en esta cuestión *von Hirsch*, Past or Future Crimes págs. 38 ss.; *von Hirsch/Jareborg*, Strafmaß und Strafgerechtigkeit págs. 9 ss.

[8] En este contexto siempre es citado el análisis secundario de *Lipton/Martinson/Wilks*, The Effectiveness of Correctional Treatment, 1975, cuya tesis consiste en que bajo las condiciones de privación de libertad no se comprueba resultado alguno en los distintos métodos de tratamiento, lo que naturalmente se basa en las deficiencias metodológicas de los estudios de investigación primaria. Acerca del estado actual de la investigación sobre la eficiencia de programas de tratamiento vid. *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung págs. 66-70; *Eisenberg*, Kriminologie § 42; *Kaiser*, Kriminologie § 114.

[9] Acerca de la reforma en Inglaterra vid. *Ashworth*, ZStW 106 (1994) pág. 605. Típico del movimiento de reforma en los Estados Unidos es la estructuración del proceso de determinación de la pena de acuerdo con criterios judiciales vinculantes ("Sentencing Guidelines") en los que la gravedad del hecho y el número de condenas previas deciden sobre la cuantía de la pena de acuerdo con un sistema matemático; al respecto vid. *Frase*, Law and Inequality 12 (1993) pág. 1; *von Hirsch/Knapp/Tonry*, The Sentencing Commission and its Guidelines, 1987; *Tonry*, Crime and Justice 10 (1988) pág. 267; *Weigend*, Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln págs. 589-597.

en la intensidad de la intervención sino que, incluso, en parte, derivó en una clara agravación de la misma materializada especialmente en un alargamiento en el cumplimiento real de las penas de prisión[10].

3. En **Alemania** la Política criminal no ha tomado parte en ese movimiento pendular sino que desde un principio se ha esforzado en conciliar las exigencias del principio de culpabilidad y el deseo de una aplicación de las sanciones orientada a la prevención. Y así, a través de la amplia reforma legislativa que entró en vigor en 1975 ha sido favorecido el objetivo de la resocialización, principalmente por medio de la limitación del ámbito de aplicación de la pena de prisión y situando distintas penas sustitutivas en su lugar; por otro lado, nunca ha sido cuestionado el principio de que la sanción debe poseer una adecuada relación con la culpabilidad del hecho y, en conjunto, que debe corresponderse con el principio constitucional de proporcionalidad[11]. De forma sobreentendida el moderno concepto político-criminal del StGB alemán se basa en la comprensión de que una estancia en prisión, con todas sus consecuencias negativas para el sentimiento de autoestima y la consideración social del autor y para la reinserción en la sociedad libre, no resulta necesario con carácter general. De ello se sigue que el mejor modo de conseguir la prevención individual y la disminución de la reincidencia es *evitando la ejecución de la pena de prisión* y conformándose con sanciones ambulatorias (por ejemplo, pena de multa o suspensión condicional de la pena)[12].

4. De acuerdo con lo recién expuesto, una Política criminal interesada por el autor y su resocialización tendería a ser extraordinariamente reservada con la imposición de sanciones y aplicaría más bien en su lugar programas de auxilio social. Frente a ello, sin embargo, se sitúa la idea de **prevención general** según la cual la sanción penal cumple la función (adicional) de dejar claro a la colectividad que no se tolera la comisión de hechos punibles y que para el autor su realización no queda impune (vid. *supra* § 8 II 3a). Además, en la discusión científica el centro de gravedad se ha desplazado en los últimos años de la *intimidación* (entendimiento del castigo del autor como ejemplo que sirve

[10] Vid. *Alschuler*, University of Chicago Law Review 58 (1991) pág. 901, acerca de las "Sentencing Guidelines" en los Estados Unidos; una evaluación favorable de los criterios judiciales por Estados puede encontrarse en *Marvell*, Journal of Criminal Law and Criminology 85 (1995) pág. 696.

[11] Una valoración de la reforma penal puede encontrarse en *Jescheck*, ZStW 91 (1979) pág. 1037; *el mismo*, Archives de politique criminelle 8 (1985) pág. 153; *Roxin*, JA 1980, pág. 549; acerca de sus repercusiones prácticas vid. *Heinz*, ZStW 94 (1982) pág. 632; *Horstkotte*, BewH 1984, pág. 2; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 20 ss.

[12] Vid. *NK (Villmow)* nota preliminar núm. 30 antes del § 38.

de advertencia a posibles imitadores) a la denominada *prevención integradora*[13]. De acuerdo con este último concepto la condena formal y la sanción del autor sirve para confirmar en la conciencia pública la vigencia constante de la norma de comportamiento menospreciada por aquél. Sin embargo, ninguna de las dos variantes de la idea de prevención general permite proporcionar un criterio con el que poder medir la sanción; la intimidación no puede porque la prevención de otros delitos similares sólo atiende *a que* el autor sea sancionado, pero no desempeña ningún papel sustancial en la extensión de la pena[14]; y la prevención integradora tampoco porque no permite comprobar qué medida de la pena es necesaria (pero también suficiente) en el caso concreto para la "función instructiva de la norma"[15]. Por tanto, para el sistema de sanciones la idea de prevención general sólo tiene importancia en la medida en que obstaculiza la imposición al autor de *cualquier* reacción por la comisión de su hecho: si la comisión de hechos muy graves quedara impune se cuestionaría materialmente a largo plazo la validez de las normas infringidas y se estimularía nuevamente su infracción. El legislador ha expresado esta idea en los §§ 47 I y 56 II en la medida en que excluye determinados beneficios para el autor (sustitución de la pena de prisión o, en su caso, la suspensión condicional de ésta) cuando la imposición de una pena más severa cuando así lo exija "la defensa del Ordenamiento jurídico" o resulte insoslayable (para más detalles vid. *infra* § 79 I 5).

5. A la vista de la dirección de su objetivo puede decirse que el sistema de sanciones alemán muestra claramente los rasgos de un **compromiso**[16]. Esto, sin embargo, no constituye ninguna desventaja pues aunque en la teoría el planteamiento de una finalidad unidimensional puede ser satisfactorio, en cambio, en

---

[13] De la rica literatura existente vid. las obras fundamentales de *Roxin*, Bockelmann-Festschrift pág. 279, así como *Jakobs*, Allg. Teil 1/4-11; además, *Moos*, Pallin-Festschrift pág. 283; *Müller-Dietz*, Jescheck-Festschrift p. Tomo II pág. 813; *Zipf*, Pallin-Festschrift pág. 479.

[14] Actualmente existe acuerdo sobre ello en la Criminología empírica; vid., por ejemplo, *Eisenberg*, Kriminologie § 41 núms. 5-7; *Kunz*, Kriminologie págs. 273-279; *Schöch*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1098-1105; *Schumann* y otros, Jugendkriminalität págs. 34-58, cada uno de ellos con referencias bibliográficas adicionales.

[15] Con razón advierte *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 39, que cualquier reacción punitiva que instruye sobre la infracción de la norma es adecuada para cumplir con la función preventivo-general. Acerca del problema relativo a la verificación empírica de la teoría de la prevención integradora vid. *Baurmann*, GA 1994, pág. 368; *Frister*, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements" págs. 32-42; vid también *infra* § 82 IV 7a.

[16] Vid. la controversia relativa al "compromiso de la fórmula" contenida en el § 46 I entre *Lackner*, Gallas-Festschrift pág. 117 y *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972.

la aplicación práctica conduce con frecuencia a una represión desmesurada [17]. El juego conjunto de los diferentes fines de la pena también repercute en la configuración de un sistema de "checks and balances", algo que, en definitiva, puede conducir a una humanización y racionalización de las consecuencias jurídicas de naturaleza penal[18]. Naturalmente que aquí es menos decisiva la proposición teórica de un objetivo que el significado que poseen las sanciones concretas en la *aplicación práctica* del Derecho.

II. Las sanciones en particular

1. a) De acuerdo con la sistemática del StGB la **pena de prisión** (§§ 38 ss.) se sitúa en la cúspide del catálogo de sanciones. En la realidad jurídica, por el contrario, a pasado a ser una excepción: en el año 1991 sólo un 5% de todas las condenas impuestas a personas adultas consistieron en la ejecución de una pena de prisión[19]. En Alemania, la idea de que la privación de libertad sólo debe ser aplicada como "ultima ratio", esto es, cuando no queda otra alternativa evidente, se ha hecho ampliamente realidad[20]. Tanto en Alemania como en Derecho comparado europeo las penas de prisión forman parte de las sanciones jurídico-penales[21]. Sin embargo, en los últimos años ha crecido la cuota de presos, esto es, personas por cada 100.000 habitantes, que cumplen su condena en un establecimiento penitenciario[22]. Este desarrollo está unido al incremento de las penas de prisión de más larga duración (más de dos años) y se explica también por una agravación de la praxis sancionadora en delitos violentos, sexuales y vinculados con el mundo de la droga[23].

---

[17] En especial, las concepciones funcionales del fin de la pena llevan aparejado el peligro de que en la aspiración de la consecución del objetivo propuesto (por ejemplo, intimidación, corrección del autor) se pierda de vista la adecuación del medio utilizado. Pero, tal y como evidencia el reciente desarrollo del Derecho de la determinación de la pena en los Estados Unidos de América (vid. *supra* nota a pie núm. 10), también un énfasis unilateral de la idea de retribución conduce a una excesiva dureza en tanto que faltan criterios racionales para la determinación de la medida de la pena; vid. también al respecto *Radzinowicz*, ZStW 105 (1993) págs. 259-264.

[18] De modo similar *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 57 núms. 16-18.

[19] *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung 1991, 1993, págs. 42 ss.

[20] Acerca de la idea de ultima ratio vid. también *Jescheck*, Miyazawa-Festschrift pág. 375.

[21] *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 21; vid. también *Snacken/Beyens/Tubex*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 3 (1995) pág. 19.

[22] Vid. las referencias estadísticas contenidas en *NK (Villmow)* nota preliminar núms. 43-47 antes del § 38 (en las tablas núms. 3 y 5); según éstas entre 1971 y 1990 el número de presos se ha elevado un 26% hasta alcanzar la cifra de 34.799 (77,8 presos por cada 100.000 habitantes).

[23] Sobre este aspecto vid. *Driebold*, en: *Peters* (ed.) Muß Strafe sein? págs. 37-39, 46.

b) El objetivo declarado de la reforma del Derecho penal de los años sesenta de hacer retroceder las **penas cortas de prisión** (de hasta seis meses) se ha alcanzado de forma espectacular: entre 1967 y 1975 la participación de las penas cortas en la totalidad de las penas de prisión impuestas descendió de 87 % a un 50 %[24]. A pesar de ello, desde la mitad de los años setenta dicho porcentaje se ha mantenido estable; todavía, casi un tercio de los presos se encuentran en prisión por penas inferiores a seis meses[25]. En muchos casos estos períodos breves de internamiento no son el resultado de una decisión adoptada por el tribunal en la determinación de la pena, sino que se explican por el papel de "back-up sanction" que debe cumplir la pena de prisión para los supuestos en que fracasan otras sanciones (por ejemplo, en la revocación de la suspensión condicional de la pena de acuerdo con los §§ 56 ss. o por el impago de una pena de multa según el § 43)[26]. En Alemania la permanencia de la pena corta de prisión es sentida en parte como un déficit en la ejecución de la reforma del Derecho penal[27]. Frente a ello, en muchos Estados extranjeros (por ejemplo, en Holanda y Suiza) se mantienen conscientemente las penas cortas de prisión —aún cuando son suspendidas condicionalmente— al esperarse con ellas el desarrollo de un amplio efecto intimidatorio[28]. Realmente, antes de adherirse a una "cruzada contra las penas cortas de prisión" debería pensarse en el argumento que ya el propio Franz *von Liszt* había puesto de manifiesto[29], esto es, el de que si una privación de libertad de entre cuatro y seis semanas, que también puede ser cumplida durante las vacaciones[30], no podría ocupar un lugar razonable en el sistema de sanciones como

[24] Vid. *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 121 (tabla núm. 2).

[25] Vid. *Kaiser*, Kriminologie. Einführung pág. 593; vid. también *Heinz* en: *Jehle*, (ed.), Individualprävention und Strafzumessung págs. 102 ss.; *NK (Villmow)* nota preliminar núm. 38 antes del § 38.

[26] Vid. *Kaiser*, Kriminologie § 116 núm. 16; *Weigend*, en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13. Bundestagung pág. 497.

[27] Vid., por ejemplo, *Kürzinger*, en: *Jescheck*, (ed.), Die Freiheitsstrafe Tomo III págs. 2040-2052.

[28] Vid. la visión general que al respecto suministra *Jescheck*, en: *Jescheck* (ed.), Die Freiheitsstrafe Tomo III págs. 2040-2052.

[29] *von Liszt*, Aufsätze und Vorträge Tomo I pág. 347. También de acuerdo con el § 36 I AE no deberían poder imponerse penas de prisión inferiores a seis meses.

[30] Acerca de la configuración de la privación breve de libertad como pena para el tiempo de ocio, *Dolde/Rössner*, ZStW 99 (1987) pág. 424; vid. también *Schaffmeister*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 991.

alternativa a penas de prisión *más largas* y con un efecto desocializador mucho más dañino para el autor[31].

2. De una importancia creciente es la **suspensión condicional de la pena** (§§ 56-58). En Alemania esta forma de sanción está anudada a la condena que impone una determinada pena de prisión; la suspensión procede por penas de hasta dos años de duración y es asimismo posible para un tercio de todas las demás (bajo ciertas circunstancias, incluso, hasta la mitad) siempre que se hayan cumplido ya las dos terceras partes de la condena. La concesión de la suspensión puede estar vinculada a instrucciones y condiciones que pueden hacer que el autor experimente la sanción en su conjunto como una verdadera restricción a su libertad; en concreto, aquél puede quedar sometido a la vigilancia de un agente de libertad condicional que también pueda ayudarle en sus esfuerzos para lograr una vida alejada de la delincuencia (§ 56d). Sobre la base de la amplia discrecionalidad que posee el tribunal en la configuración de las condiciones en virtud del § 56c, la suspensión condicional de la pena puede ser entendida como un revestimiento que puede ser modelado como sanción ambulante individual hecha a medida del autor. Una variante de la suspensión condicional es la **amonestación con reserva de pena** (§ 59). Sin embargo, aquí se cierne sobre el autor, para el caso de inobservancia las condiciones que se le imponen (especialmente la comisión de nuevos delitos), no una pena de prisión sino únicamente una pena de multa. La suspensión condicional también obtiene un progresivo reconocimiento internacional como un instrumento razonable que, simultáneamente, sirve para controlar y apoyar al autor[32]. Su eficacia podría ser mejorada aún más por medio de una mayor personalización del auxilio al autor durante el periodo de prueba (vid. *infra* § 79 I 8d)[33].

3. Con un porcentaje en el año 1991 alcanzó un 84% del total de las penas impuestas, la **pena de multa** (§§ 40-43a) es, con mucho, la sanción jurídico-penal más frecuente en Alemania. También se ha impuesto en otros países como medio principal para la represión de la criminalidad leve, pero no en la misma

---

[31] Profundizando en ello *Weigend*, JZ 1986, pág. 260.

[32] Vid. *Dünkel/Spieß*, (edrs.) Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1983; *Jescheck*, en: *Jescheck* (ed.), Die Freiheitsstrafe Tomo III págs. 2096-2112; vid. también *Dolcini/Paliero*, ZStW 102 (1990) págs. 235-239. Acerca del crecimiento cuantitativo de la suspensión condicional en Alemania vid. las referencias hechas *supra* § 5 V 1, así como las contenidas en *NK (Villmow)* nota preliminar núms. 34-36 antes del § 38; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT págs. C 22 ss.; *Traulsen*, BewH 1993, págs. 96-99.

[33] Vid. al respecto *Kaiser*, Kriminologie § 116 págs. 31 ss.

medida que en Alemania[34]. A su importante éxito ha contribuido seguramente la circunstancia de que hoy en día muchas posibilidades del desarrollo personal y del consumo (sólo) se obtienen con el dinero, de forma que la privación de medios financieros afecta dolorosamente a la libertad de "autorrealización" del autor sin privarle de su libertad ambulatoria. Esto es válido sobre todo para sociedades con un nivel de vida relativamente alto en las que la mayoría de los individuos tienen a su disposición suficientes medios monetarios de carácter "libre" para hacer frente al pago de la pena. Los *problemas* de la pena de multa residen ante todo en el diferente efecto que despliega en función de la situación económica del reo[35] y, además, en la dificultad de su aplicación frente a autores sin patrimonio ni salario (al respecto vid. *infra* § 73 I 4). Frente a ambas desventajas, sin embargo, se han encontrado remedios hasta cierto punto eficaces: a través del *sistema de días-multa* recogido en el § 40 ha sido posible adecuar la cuantía de la pena de multa a la retribución económica personal del autor y por medio de la *pena patrimonial* (§ 43a) se proporciona incluso al tribunal el acceso a su patrimonio global para el caso de que se trate de delincuentes vinculados con la "criminalidad organizada". Para condenados sin recursos, con los cuales originariamente sólo se pudo recurrir como medida excepcional a la *pena de arresto sustitutorio* (§ 43), existe desde hace algún tiempo la posibilidad de hacer frente a la multa por medio de trabajos en beneficio de la comunidad (vid. art. 293 EGStGB). Por medio de estas razonables medidas político-criminales el legislador ha aportado soluciones para las típicas dificultades de aplicación; no obstante, su materialización sigue chocando en la praxis con obstáculos de distinto signo (por ejemplo, la comprobación de la capacidad económica real del autor como base para la fijación de la cuota diaria [§ 40 II 2]). Tampoco sigue estando claro por qué se hace un uso tan escaso de la pena de multa en los casos en los que está presente un alto contenido de culpabilidad (en los que habría que imponer 90 días-multa)[36].

4. Mientras que en Alemania el **trabajo en beneficio de la comunidad** sólo está previsto como una (indirecta) sanción sustitutiva de la pena de multa (art. 293 EGStGB)[37] y como condición de distintas medidas jurídico-penales (por

[34] Profundizando en ello *Jescheck/Grebing*, (edrs.), Die Geldstrafe, 1978; vid. también *Bishop*, Non-Custodial Alternatives págs. 79-86.

[35] Sobre este punto vid. *Traulsen*, BewH 1993, págs. 94 ss.

[36] Vid. *NK (Villmow)* nota preliminar núm. 32 antes del § 38; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT págs. C 26 ss.

[37] El arresto sustitutorio entra en juego en lugar de la multa para el caso en que ésta se incobrable (§ 43); en lugar de aquél el autor puede prestar trabajos en beneficio de la comunidad cuyas particularidades están reguladas por los distintos *Ländern*.

ejemplo, en el archivo provisional del proceso penal [§ 153a I núm. 3 StPO] o en la suspensión condicional de la pena [§ 56b II núm. 3]), en cambio, en toda una serie de países se presenta como una pena autónoma[38]. A favor de esta solución hablan las evidentes ventajas de esta sanción: al autor se le perjudica sólo de modo gradual (por medio de diferentes niveles de la obligación del trabajo), limitándose especialmente a la organización de su tiempo libre y, simultáneamente, suministra una aportación constructiva como, por ejemplo, para fines sociales o la protección del medio ambiente, que pueden aparecer frente a la colectividad como manifiesta negación del delito por él cometido[39]. Pero, por otra parte, no puede pasarse por alto que, especialmente en tiempos de escasez de trabajo, pueden existir dificultades para crear un número suficiente de posibilidades de intervención[40]; en cualquier caso, la organización y asistencia del trabajo en beneficio de la comunidad exige un considerable esfuerzo administrativo. Problemática sería también la compatibilidad de una nueva sanción consistente en un "trabajo sin remuneración" con la prohibición de los trabajos forzosos prevista en el art. 12 III GG, obstáculo éste que por medio de una aprobación formal por parte del afectado no se elude sin más[41]. De todas formas, merecería la pena superar tales problemas si se pudiera asegurar que en la praxis el trabajo en beneficio de la comunidad no va a entrar en juego en lugar de sanciones más leves (por ejemplo, la pena de multa), sino que va a ser aplicado frente a delincuentes que de lo contrario deberían cumplir una pena de prisión.

5. Con un gran esfuerzo el legislador alemán ha intentado en los últimos años elaborar aquellas sanciones penales con cuyo auxilio puede **privarse** al au-

---

[38] Así, por ejemplo, en Inglaterra (secc. 14 Powers of Criminal Courts Act 1973), Francia (art. 131-8, 131-9 IV del Código penal) y en muchos Estados particulares de los EE. UU. (vid., por ejemplo, § 755.091 Florida Criminal Laws; 38 Illinois Revised Statutes §§ 1005-1-18.1, 1005-5-7).

[39] Acerca de la valoración del trabajo en beneficio de la comunidad vid. *H.-J. Albrecht/Schädler*, ZRP 1988, pág. 278; *Jung*, Sanktionensystem págs. 165 ss.; en torno a la praxis *Feuerhelm*, Gemeinnützige Arbeit, 1991.

[40] Sobre esta fundamentación el Gobierno Federal ha rechazado hasta ahora la introducción del trabajo en beneficio de la comunidad como pena principal; vid. BT-Drucks. 12/3718 pág. 12.

[41] Acerca de estas objeciones vid. *Schall*, en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13. Bundestagung págs. 353 ss.; *Weigend*, GA 1992, págs. 359 ss.; vid. también los reparos formulados por *Jehle*, *Pfeiffer* y *Robra*, en: Verhandlungen des 59. DJT, Sitzungsbericht O págs. O 120-O 126. En el 59. Deutschen Juristentag 1992, fue rechazada mayoritariamente la introducción del trabajo en beneficio de la comunidad como pena autónoma (Verhandlungen p. O 188).

tor de los **beneficios** obtenidos con la comisión del delito[42]. La pena de multa, cuya cuantía depende de los ingresos del autor, sólo puede cumplir este objetivo en menor medida (vid., no obstante, § 41). El instrumento introducido hace ya tiempo para la privación de los beneficios del delito es la confiscación de las ganancias ("*Verfall*") (§ 73) que, sin embargo, hasta ahora apenas si ha sido aplicado a causa de la configuración relativamente estrecha y complicada de sus requisitos (vid. *infra* § 76 I). En el año 1992, a través de una modificación del § 73, el legislador se ha ocupado ante todo de que pueda serle detraído al autor la totalidad de los frutos (y no sólo la ganancia neta) obtenidos con su hecho. Más allá de esto, han sido rebajadas las exigencias probatorias en relación con el origen delictivo de los objetos en posesión del autor por medio del nuevo instituto de la *confiscación ampliada de las ganancias* ("*Erweiterter Verfall*") (§ 73d). Ya se había pensado en la *pena patrimonial* (§ 43a) como medio para la privación al autor de los beneficios obtenidos que, no obstante, tal y como está regulada, no sirve para la consecución de ese objetivo (vid. *infra* § 73 IV 5a). El principio según el cual el autor debe restituir los beneficios y objetos (o los bienes sustituidos) adquiridos ilegalmente es como tal indiscutido y puede ser regulado legalmente sin mucho esfuerzo. A menudo, sin embargo, es difícil de *probar* que un determinado objeto patrimonial (o una cantidad de dinero) procede del delito enjuiciado. A pesar de todo, la solución de este problema con ayuda del Derecho penal es algo que, a la vista de los actuales intentos del legislador alemán, puede ser seriamente puesto en duda[43].

6. Últimamente se ha discutido de forma muy intensa acerca del papel de la **reparación** de las consecuencias del delito frente al ofendido (o frente a la colectividad)[44]. El legislador ha reconocido bajo ciertos requisitos en el § 46a la reparación del daño como causa para una atenuación de la pena o para la dispensa de la misma. En esta regulación se plasma la extendida concepción de que el autor

---

[42] Con carácter general, en torno al problema de la privación de los beneficios en Derecho penal, *Kaiser*, Tröndle-Festschrift pág. 685; también desde una perspectiva de Derecho comparado, *J. Meyer/Dessecker/Smettan* (edrs.), Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, 1989.

[43] Vid. al respecto *Eser*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 833; *Perron*, JZ 1993, pág. 918; *Weßlau*, StV 1991, pág. 226.

[44] Fundamental sobre esta cuestión *Frehsee*, Schadenswiedergutmachung, 1987; *Schöch*, (ed.) Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987; en torno al contexto internacional *Jung*, Sanktionensystem págs. 147 ss.; acerca de su aceptación en la praxis *Hertle*, Schadenswiedergutmachung als opfernahe Sanktionsstrategie, 1994; una propuesta de regulación puede verse en: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, 1992; en relación con la posición contraria, *Hirsch*, ZStW 102 (1990) pág. 534; vid., además, *supra* § 1 II 4.

que compensa las consecuencias del hecho por medio de una contribución propia, realiza al menos en parte los fines imaginables de la sanción penal (compensación por la culpabilidad, reconocimiento de la validez de la norma de comportamiento vulnerada) y, simultáneamente, documenta el abandono de su actitud hostil ante el bien jurídico[45]. Aún cuando la prestación reparadora del daño contiene elementos penales no constituye por sí misma una pena; bajo determinados presupuestos, especialmente cuando el autor se ha esforzado en una compensación personal con el ofendido, pueden sin embargo ser ampliamente cumplidos los fines de la pena de modo que ya no sea necesario acudir a una sanción. En este marco también se encuentran los numerosos proyectos de conciliación entre el autor y la víctima que a nivel local se esfuerzan para conducir al diálogo durante el proceso penal al acusado y al ofendido para, de este modo, preparar la resolución del hecho sin una sanción formal[46]. Cuando esto se logra, no sólo se tiene en cuenta el interés del autor en la evitación de un castigo, sino también el interés de la víctima en una rápida reparación del daño.

7. La reparación del daño se sitúa justo en el límite existente entre las **sanciones** penales y las **extrapenales**. Estas últimas poseen una importancia creciente como alternativas al castigo tras una declaración formal de culpabilidad. En este contexto no sólo se piensa en las sanciones pecuniarias del Derecho administrativo sancionador (§§ 1, 17 OWiG) sino también, sobre todo, en los *pagos* que son impuestos al autor como contraprestación al archivo del proceso penal por el fiscal o por el tribunal de acuerdo con el § 153a StPO; en este último caso se trata también de una sanción estatal ante el injusto realizado por el autor; sin embargo, formalmente no se comprueba en absoluto la culpabilidad del hecho sino que el pago descansa sobre un sometimiento "voluntario" del autor a "propuesta" de una instancia estatal[47]. Esta forma de terminación del proceso tiene un gran significado práctico: en el año 1991 fueron archivados 236.000 casos de acuerdo con lo previsto en el § 153a StPO[48]; si se tienen en cuenta todas las formas de

[45] Al respecto vid. *Roxin*, en: *Schöch*, (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht pág. 37; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 63-C 66.

[46] Una visión general puede encontrarse en *Schreckling*, Bestansaufnahmen, 1991.

[47] La disposición contenida en el § 153a StPO fue muy discutida con ocasión de su introducción en el año 1975, pero desde entonces se ha impuesto en la práctica por su fácil manejabilidad. Una exposición abreviada de la discusión jurídico-política y de las propuestas de reforma se encuentra en *AK StPO (Schöch)* § 153a núms. 71-80; *Löwe/Rosenberg/Rieß*, § 153a núms. 11-15.

[48] La cantidad se refiere sólo a los "antiguos" *Bundesländer* e incluye los archivos ordenados por el Tribunal de conformidad con el § 153a II; se ha calculado a partir de las *Sta-*

sancionar (formales e informales) por un delito al § 153a StPO le corresponde un porcentaje del 26%[49]. En la discusión internacional se habla en este contexto de una "**Diversion**", esto es, del desvío de una auténtica condena que avanza frente al acusado a un modo informal de sancionar[50]. En Derecho penal juvenil son de especial importancia diversas formas de "Diversion", en cuya virtud pueden ser adoptadas diversas medidas educativas que no precisan de una condena formal (§§ 45, 47 JGG). Los *problemas* de esta clase de proceder con la criminalidad residen principalmente en el ámbito jurídico-procesal (reserva judicial, suposición de inculpabilidad, protección frente a una autodeclaración de culpabilidad forzada, garantías procesales)[51]. Desde la perspectiva del Derecho penal la integración del espectro de reacciones oficiales en delitos leves como variantes menos perjudiciales es siempre bienvenida. No obstante, se debe atender aquí al peligro del "net widening", esto es, la extensión del castigo informal a personas que, sin la existencia de tales posibilidades, habrían obtenido un archivo del proceso sin consecuencias (por ejemplo, en virtud del § 153 StPO) o, incluso, un pronunciamiento absolutorio[52].

8. En su conjunto el Derecho penal alemán dispone de una **amplia gama** de posibles reacciones al delito; de ahí que no resulte justificado el reproche que se le dirige de que "carece de imaginación"[53]. En todo caso, tratándose de delitos menos graves, esto es, los que como máximo se castigan con la pena de prisión de un año, el tribunal también puede elegir entre las diferentes san-

---

tistisches Bundesamt, Rechtspflege, Reihe 2: Gerichte und Staatsanwaltschaften 1991, 1993, págs. 66, 72, 86.

[49] La cifra se ha calculado de acuerdo con las referencias contenidas en la estadística judicial de 1991 (vid. *supra* nota a pie núm. 48). *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 34, alega incluso un porcentaje del 42%; en éste, sin embargo, se incluyen también los archivos debidos a la ausencia de consecuencias de acuerdo con el § 153 StPO.

[50] Sobre este tema vid. *Blau*, Jura 1987, pág. 25; *Walter*, ZStW 95 (1983) pág. 32; acerca de la praxis de la terminación del proceso por el fiscal sin formular acusación, *Eisenberg*, Kriminologie § 27 núms. 16-40; sobre la "Diversion" con jóvenes, *Dirnaichner*, Der nordamerikanische Diversionsansatz, 1990; *Heinz*, ZStW 104 (1992) pág. 591; *Heinz/Storz*, Diversion im Jugendstrafverfahren, 1992; tempranamente crítico con la terminación informal del proceso *Janssen*, en: *Kerner* (ed.), Diversion statt Strafe? pág. 15; *Kuhlen*, Diversion im Jugendstrafverfahren, 1988; *Schaffstein*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 937.

[51] Al respecto vid., además de los autores citados en la nota núm. 50, *Weigend*, en: *Marks* y otros (edrs.), Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis pág. 37.

[52] Sobre este aspecto *Blau*, Jura 1987, págs. 33 ss.; *Kerner*, en: *BMJ* (ed.) Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis pág. 265.

[53] Así, *Hirsch*, Hilde-Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 162; vid. también *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 57 núm. 7.

ciones disponibles (prisión, suspensión condicional de ésta, multa o archivo condicional del proceso). Demasiado limitadas son, sin embargo, las *posibilidades de combinación* de distintas penas. Si se pudieran combinar ampliamente entre sí, por ejemplo, prestaciones dinerarias, laborales, reparación e instrucciones asistenciales[54] [54], vendrían a componerse de esta forma sanciones que evitarían la privación de libertad y que, no obstante, acarrearían para el autor una carga importante como para poder considerarlas también suficientes en relación con los delitos graves. En este contexto también habría que pensar en introducir una más amplia y variable "pena condicional" de acuerdo con el modelo anglo-americano de la "probation", en la que el fracaso del reo no conduzca sin más, tal y como hace el § 56f I, a la ejecución de la pena de prisión impuesta[55].

9. Finalmente, las **medidas de seguridad** (§§ 61-72) aparecen cubiertas por un amplio espectro de posibilidades de tratamiento y aseguramiento. Su segregación del ámbito de las penas es consecuencia de la rigurosa realización del principio de culpabilidad: dado que la pena no puede ir más allá de la medida del injusto culpable, para la lucha frente a una peligrosidad del autor "demasiado alta" se dispone de sanciones especiales que poseen un carácter jurídico no punitivo. El sistema de la *doble vía* de las sanciones penales que de ello se deriva es, ciertamente, de una sistemática coherente pero no permite olvidar que la medida de seguridad impone al autor una carga adicional que con frecuencia es muy gravosa (por ejemplo, con la privación del permiso de conducir [§ 69] y, en especial, con la custodia de seguridad [§ 66]) y que, comprensiblemente, hace que aquél la experimente como una pena[56]. Esto es también reconocido por el legislador por medio del abono para el cómputo de la pena de una medida de seguridad ya cumplida (vid. § 67 IV). En el extranjero el sistema de la doble vía sólo se ha asumido en parte (vid. *infra* § 77 I 5). A favor de su mantenimiento básico habla sobre todo la idea de la cercanía material del

---

[54] No obstante, tales combinaciones son ya posibles de acuerdo con el Derecho vigente cuando se suspende condicionalmente una pena de prisión (§§ 56, 56b II) o se impone una amonestación con reserva de pena (§§ 59, 59a). De una intensidad más marcada es el "Baukastensystem" que permite la combinación entre sí de sanciones de carácter ambulatorio y que rige, por ejemplo, en *Inglaterra* (vid. secc. 11 Criminal Justice Act 1991) y en *Francia* (vid. art. 131-3 a 131-9 del Código penal).

[55] Al respecto vid. *Horn*, ZRP 1990, pág. 81; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT págs. C 106-C 108; *Weigend*, GA 1992, págs. 357 ss. El Derecho vigente posee ya en el § 56f II algunas posibilidades de reacción variable para el supuesto en que fracasa el período de prueba.

[56] Fundamental acerca de la problemática del Derecho de las medidas de seguridad, *Frisch*, ZStW 102 (1990) pág. 343; *Kaiser*, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990.

tribunal penal que, ante la comprobación de la culpabilidad por el hecho y la investigación de la personalidad del autor ligada a ello, recibe una impresión de la peligrosidad potencial de aquél que le permite dictar las medidas de seguridad preventivas que a su juicio resultan más adecuadas.

10. Globalmente, tras la Reforma de 1975, el **sistema de sanciones** alemán ofrece una **base útil** para que las reacciones del Estado ante la comisión de delitos sean racionales y adecuadas a la culpabilidad del autor. Sin embargo, quedan todavía muchas cuestiones que corregir y que adaptar a los desafíos de las nuevas formas de la criminalidad. En el cumplimiento de esta misión debería tenerse siempre en cuenta la *eficacia limitada* del sistema sancionador jurídico-penal: dado que el Derecho penal en su conjunto es sólo un ámbito parcial relativamente reducido del complejo sistema de control social del comportamiento, las reformas del Derecho sancionador no poseen repercusiones evaluables ni positivas ni negativas sobre la clase y frecuencia de las acciones criminales[57]. Ciertamente, la *existencia* de un sistema de administración de justicia que funciona en su conjunto (o, en su caso, cuyo funcionamiento es presupuesto por la población) obstaculiza la comisión de hechos punibles; sin embargo, las modificaciones internas del sistema apenas influyen en la realidad del suceso criminal. Esta visión facilita la reforma del Derecho sancionador en la medida en que viene a desmontar supuestas barreras en contra de su humanización: cuando la actividad de los tribunales penales no favorece o impide de una forma mensurable la prevención del delito, las sanciones pueden ser configuradas y aplicadas de modo que se presenten como una respuesta justa y moderada de la sociedad frente al delito y, simultáneamente, que puedan ayudar al autor en la medida de lo posible a su resocialización.

§ 71 Excurso: La pena de muerte

Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, Tomo 2, 2.ª ed. 1989; *Althaus,* Die Todesstrafe als Problem der christlichen Ethik, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, philos.-histor. Klasse, 1955, Heft 2; *Amnesty International,* United States of America. The Death Penalty, 1987; *Ancel,* Quelques observations

[57] En este sentido camina también el posicionamiento del Gobierno Federal en BT-Drucks. 12/3718 pág. 2 (la misión de la prevención general "no ocupa un lugar primordial en el Derecho penal sino que ha ser cumplida por todos los que son responsables del bien común"); vid. también *Kunz*, recht 1988, pág. 62; *NK (Villmow)* nota preliminar núm. 82 antes del § 38.

sur l'abolition de la peine de mort, Crime and Criminal Policy, Festschrift für M. López-Rey, 1985, pág. 33; *Archbold,* Criminal Pleading, Evidence and Practice, 1995; *Ballhausen,* Todesstrafe durch Alliierte, NJW 1988, pág. 2656; *Bedau* (ed.), The Death Penalty in America, 3.ª ed. 1982; *Bedau/Radelet,* Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases, Stanford Law Review 40 (1987) pág. 21; *Beristain,* Katholizismus und Todesstrafe, ZStW 89 (1977) pág. 215; *Black,* Capital Punishment, 1974; *Blom-Cooper* (ed.), The Hanging Question, 1969; *Bockelmann,* Todesstrafe, Niederschriften, Tomo XI, pág. 14; *el mismo,* Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe, en: Die Frage der Todesstrafe, 1962, pág. 131; *Calliess,* Die Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, NJW 1988, pág. 849; *el mismo,* Die Abschaffung der Todesstrafe, NJW 1989, pág. 1019; *Dreher,* Für und wider die Todesstrafe, ZStW 70 (1958) pág. 543; *Düsing,* Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe usw., 1952; *Ermecke,* Zur ethischen Begründung der Todesstrafe heute, 2.ª ed. 1963; *Frankowski,* Die Todesstrafe in den USA, ZStW 100 (1988) pág. 951; *Giegerich,* Richtermacht und Todesstrafe in den USA, EuGRZ 1995, pág. 1; *Gleß,* Gary Graham — Ein Todes-Fall in den Vereinigten Staaten von Amerika, MschrKrim 1994, 69; *Government Of japan,* Summary of the White Paper on Crime, 1993; *Helfer,* Todesstrafe, HWB Krim, Tomo III, 1975, pág. 326; *Herrmann,* Der Supreme Court der Vereinigten Staaten erklärt die Todesstrafe für verfassungswidrig, JZ 1972, pág. 615; *Hollweg,* Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt, JZ 1993, pág. 980; *Arthur Kaufmann,* Schuld und Strafe, 1966; *Keller,* Die Todesstrafe in kritischer Sicht, 1968; *Lagodny,* Anmerkung zu EuGMR vom 7.7.1989, NJW 1990, pág. 2189; *Lange,* Die Todesstrafe im deutschen Strafrecht, en: Colóquio comemorativo do centenario da aboliçao da pena de morte em Portugal, Tomo 1, o.J. (1968), pág. 161; *Möhrenschlager,* Ausländische und internationale Bestrebungen gegen die Todesstrafe, Festschrift für H. Dünnebier, 1982, pág. 611; *el mismo,* Internationale Konferenz über die Todesstrafe in Syrakus, ZStW 100 (1988) pág. 252; *el mismo,* Völkerrechtliche Abschaffung der Todesstrafe, Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 297; *Noelle-Neumann/Köcher* (ed.), Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie, Tomo 9, 1993; *Reuband,* Sanktionsverlangen im Wandel, KZfSS 32 (1980) pág. 535; *Schabbas,* International Norms on Execution of the Insane and the Mentally Retarded, Criminal Law Forum 4 (1993) pág. 95; *Sellin,* The Penalty of Death, 1980; *Stern,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tomo III/1, 1988; *Tettinger,* Aufhebung des Art. 102 GG? JZ 1978, pág. 128; *Wieck,* Wider alle Vernunft: Die Todesstrafe in den Vereinigten Staaten, MDR 1990, pág. 113; *Würtenberger,* Zur naturrechtlichen Problematik der Todesstrafe, Festschrift für J. Messner, 1961, pág. 521; *Yoder,* A Christian Perspective, en: *Bedau* (ed.), The Death Penalty in America, 3. Ed. 1982, pág. 370; *Zeisel,* The Deterrent Effect of the Death Penalty, en: *Bedau* (ed.), The Death Penalty in America, 3.ª ed. 1982, pág. 116; *Zimring/Hawkins,* Capital Punishment and the American Agenda, 1986.

I. La abolición de la pena de muerte en Alemania

1. La **pena de muerte** ha sido **abolida** a través del art. 102 GG[1]. A través de esta norma constitucional no sólo se concreta el mandato general de que el Derecho debe respetar y proteger la vida[2], sino que también se asegura la pretensión del individuo de que sea preservada su dignidad personal. De ahí que una reintroducción de la pena de muerte quede definitivamente excluida a través del art. 79 III en conexión con el art. 1 I GG[3]. De acuerdo con el § 8 IRG tampoco puede ser entregada una persona a otro país donde corra el peligro de que le sea aplicada la pena de muerte, a no ser que el Estado en cuestión garantice que en ese caso no se le impondrá o, al menos, que no será ejecutada.

2. Determinante para la abolición de la pena de muerte por el Parlamento fue sobre todo la conmoción derivada del abuso que de esta pena se llevó a cabo bajo el dominio nacional-socialista[4]. Pero también independientemente de la situación histórica la pena de muerte es estrictamente rechazable desde un Derecho penal humano pues aquélla, por una parte, no está al servicio de ningún fin racional y, por otro, lleva consigo diversas desventajas y riesgos[5]. Moralmente no es defendible la muerte de una persona como compensación por su máxima culpabilidad pues a ningún juez le está atribuida la facultad de privar a otra persona de su derecho a la vida[6]. Políticocriminalmente la pena de

---

[1] Acerca de su historia vid. *Düsing*, Abschaffung der Todesstrafe págs. 276 ss. No obstante, de forma inconsticional la pena de muerte está todavía expresamente prevista en el art. 21 I 2 de la Constitución del *Land* de Hessen. Esta disposición que, de acuerdo con el art. 31 GG carece de significado práctico, fue entendida en parte como "cláusula de provisión" para el caso de una reintroducción de la pena de muerte; no obstante, es conveniente su derogación; vid. *Callies*, NJW 1989, págs. 1020 ss.

[2] *AK GG (Azzola)* art. 102 núm. 48; *Maunz/Dürig*, art. 102 núm. 10.

[3] Acertadamente en este sentido *Calliess*, NJW 1988, pág. 852; *el mismo*, NJW 1989, pág. 1020; en cuanto al resultado también, *AK GG (Azzola)* art. 102 núm. 51; de otra opinión, *Ballhausen*, NJW 1988, pág. 2658; *Tettinger*, JZ 1978, págs. 131 ss. El carácter definitivo de la abolición constitucional de la pena de muerte se deduce también de la consideración del Tribunal Constitucional de que la dignidad de la persona demanda que al delincuente se le conceda la perspectiva de recuperar la libertad; BVerfGE 45, 187 (228 ss., 239).

[4] Vid. *Bockelmann*, Niederschriften Tomo XI pág. 15; *Arthur Kaufmann*, Schuld und Strafe pág. 13. Por lo demás, ya el § 139 de la Constitución de la Iglesia Paulina ya había previsto la abolición de la pena de muerte; vid. *Stern*, Staatsrecht III/1 pág. 372.

[5] Vid. *Bockelmann*, Die rationalen Gründe gegen die Todesstrafe págs. 131 ss.; *Dreher*, ZStW 70 (195 8) págs. 553 ss.; *Kaiser*, Kriminologie § 118 núms. 2-14.

[6] En contra de la pena de muerte desde una perspectiva cristiana *Beristain*, ZStW 89 (1977) págs. 227 ss.; *Yoder*, en: *Bedau* (ed.), The Death Penalty in America págs. 370 ss.; con otro planteamiento, no obstante, *Althaus*, Die Todesstrafe pág. 25; *Ermecke*, Todesstrafe págs. 33 ss.; vid. también *Würtenberger*, Messner-Festschrift págs. 527 ss.

muerte es innecesaria pues no desarrolla un efecto intimidatorio más intenso que el que despliega, por ejemplo, la cadena perpetua[7]. También puede ser cumplida suficientemente la función de aseguramiento de la colectividad frente a delincuentes permanentemente peligrosos a través de la cadena perpetua o de la custodia de seguridad (§ 66).

Aparte de ello, una reintroducción de la pena de muerte plantearía considerables problemas: desde una perspectiva psicológico-social su ejecución da un mal ejemplo y, antes bien, favorecería un embrutecimiento de la conciencia pública al suponer un apoyo a la libertad en el ejercicio de la violencia[8]; los requisitos para la imposición de la pena de muerte no pueden ser descritos de modo que puedan ser excluidas tanto la arbitrariedad en su imposición como su aplicación a los casos en los que es desproporcionadamente rigurosa[9]; y, desde luego, los errores judiciales en la aplicación de la pena de muerte son irreparables[10].

La actitud de la opinión pública hacia la pena de muerte no ha variado considerablemente desde el final de la II Guerra Mundial: mientras que con anterioridad a ésta fue objeto de una importante aceptación, actualmente es rechazada de modo claramente mayoritario[11]. Ningún argumento habla tampoco a favor de una reintroducción de la pena de muerte en relación con los delitos más graves ni siquiera para el caso de desórdenes internos o estado de guerra.

---

[7] Vid. al respecto, *Amnesty International,* The Death Penalty págs. 162 ss.; *Helfer*, HWB Krim Tomo III págs. 343 ss.; *Sellin*, The Penalty of Death págs. 121 ss.; *Zeisel,* en: *Bedau* (ed.), The Death Penalty in America págs. 116 ss.

[8] Acerca de la praxis de su ejecución en los EE. UU. Vid. *Amnesty International*, The Death Penalty págs. 108-155.

[9] Si la imposición de la pena de muerte se atribuye en determinados delitos a la discrecionalidad del tribunal, entonces surge el peligro de su aplicación discriminatoria (vid. acerca de la correspondiente situación creada en los EE. UU., *Black*, Capital Punishment, 1974; McCleskey v. Kemp, 107 p. Ct. 1756 [1987]); en cambio, si se excluye la discrecionalidad se debe imponer la pena de muerte también para aquellos casos en los que la culpabilidad del autor no es tan grave como la presupuesta por el legislador (vid. los problemas paralelos que se plantean con la cadena perpetua, BGH 30, 105 [118-121]).

[10] Acerca de la frecuencia de los errores judiciales vid. *Bedau* (ed.), The Death Penalty in America págs. 234 ss.; *Bedau/Radelet*, Stanford Law Review 40 (1987) pág. 21; *Keller*, Die Todesstrafe págs. 143 ss.

[11] En el año 1992 un 56% de la población de los *Länder* de la Alemania Occidental estaba en contra de la pena de muerte; dicho porcentaje disminuye hasta un 49% en los *Länder* de la Alemania del Este; el porcentaje de sus defensores era, respectivamente, de un 24 y un 29%; *Noelle-Neumann/Köcher*, (edrs.), Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie 9 (1993) pág. 607. Acerca del desarrollo de la actitud ante la pena de muerte vid. *Dreher*, ZStW 70 (1958) pág. 548; *Lange*, Die Todesstrafe pág. 163; *Kaiser*, Kriminologie § 118 núm. 4; *Reuband*, KZfSS 32 (1980) págs. 535 ss.

II. La pena de muerte en Derecho internacional y en el extranjero

1. En **Derecho internacional** se han acrecentado en los últimos tiempos los planteamientos favorables a la abolición de la pena de muerte[12].

a) El **Convenio Europeo de Derechos Humanos** parte, sin embargo, de la admisibilidad de la pena de muerte (art. 2 I 2[13]) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rechazado también el intento de deducir la prohibición general de la pena de muerte de la proscripción del trato inhumano o degradante contenida en el art. 3 EMRK[14]. No obstante, dicho Tribunal ha declarado que las consecuencias ligadas con la aplicación práctica de la pena de muerte, sobre todo los largos periodos de espera en celdas para condenados a la pena capital, pueden constituir un trato inhumano en el sentido de la EMRK[15]. Más allá, un paso esencial da en el año 1983 el 6.º Protocolo al EMRK cuyo art. 1 declara abolida la pena de muerte, ordenando que nadie pueda ser condenado o ejecutado a la misma[16]. Este Protocolo adicional fue ratificado por Alemania en el año 1988 e incorporado al Derecho interno (BGBl. 1988 II pág. 662; 1989 II pág. 814). Hasta finales del año 1994 el mismo ha entrado ya en vigor para 24 Estados miembros del Consejo de Europa (BGBl. 1994 II Fundstellennachweis B pág. 285), con excepción de Turquía que es el único país de dicho órgano en el que todavía se aplica la pena de muerte. El Convenio Europeo de Extradición de 1959 (BGBl. II pág. 1371) dispone en el art. 11 dispone que el Estado requerido puede rechazar la extradición cuando en el Estado solicitante la acción está castigada con la pena de muerte, a no ser que este último dé garantías de que la misma no será ejecutada[17].

b) Es cierto que en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** no está excluida la pena de muerte, pero sí se limita a los "delitos más graves" y

---

[12] Profundizando en ello *Möhrenschlager*, Dünnebier-Festschrift págs. 621 ss.; *el mismo*, ZStW 100 (1988) págs. 621 ss.; *el mismo*, Baumann-Festschrift pág. 297.

[13] El art. 2 I 2 EMRK dispone textualmente "No podrá llevarse a cabo un homicidio intencionado a no ser que se trate de una sentencia de muerte que haya sido dictada por un tribunal en el caso de un delito castigado por la Ley con la pena de muerte".

[14] Soering contra el Reino Unido, NJW 1990, 2183 (2186) con comentario de *Lagodny*.

[15] Soering contra el Reino Unido, NJW 1990, 2183 (2186). Vid. también la toma de postura de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso Ng contra Canadá, Human Rights Law Journal 1994, pág. 149, según la cual el método de ejecución de la asfixia con gas atenta contra la prohibición de trato inhumano contenida en el art. 7 IPbürgR.

[16] Profundizando en ello *Möhrenschlager*, Baumann-Festschrift págs. 298 ss.

[17] La suficiencia de tales garantías es valorada por el tribunal en el trámite de admisión del procedimiento de extradición (BGH 34, 256 [262 ss.]).

a hechos cometidos por adultos (art. 6 II, V IPbürgR). Además, el art. 6 VI del Pacto pone expresamente de relieve que no puede recurrirse a las disposiciones sobre la pena de muerte contenidas en dicho artículo para impedir o demorar la abolición de esta pena en un tratado estatal. También se aprobó en el año 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas un 2.º Protocolo facultativo que prohibe su ejecución (pero no la *imposición* de la misma)[18]. Dicho Protocolo está en vigor desde 1991 y rige también en Alemania desde el año 1992 (BGBl. 1993 II pág. 880). Su especial importancia reside en que sienta un estándar a nivel mundial para el desarrollo jurídico y, al menos, supone un estímulo para que todos los miembros de las Naciones Unidas adopten una postura contraria a la pena de muerte. Significativo es también que el art. 24 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra de la antigua Yugoslavia no prevea la pena de muerte[19].

2. Hasta el momento, sin embargo, la pena de muerte es aplicable en la mayoría de los países[20], especialmente en los EE. UU., China, Japón[21], así como en la práctica totalidad de los países africanos. Frente a ello, la pena de muerte ha sido ampliamente desplazada en Europa aunque en parte ello se ha conseguido venciendo una fuerte resistencia en países como Suiza[22], Francia[23], España[24] y en

[18] GARes 44/128, editado por las Naciones Unidas 1990, 118. La resolución fue aprobada por 59 votos contra 26; los Estados Unidos, China, Japón y numerosos países islámicos la rechazaron. Acerca de sus antecedentes y de los esfuerzos de Alemania para llevar a cabo el 2.º Protocolo facultativo, *Möhrenschlager*, Baumann-Festschrift págs. 308-313. Acerca de las resoluciones de los *Congresos* internacionales sobre la pena de muerte vid. la 4.ª ed. de esta obra págs. 685 ss.

[19] Sobre este punto vid. *Hollweg*, JZ 1993, págs. 984 ss.

[20] De acuerdo con un informe de Amnistía Internacional citado por *Möhrenschlager*, Baumann-Festschrift págs. 313 ss., en el año 1991 la pena de muerte fue aplicada en 106 Estados; en cambio, en otros 81 Estados fue abolida para delitos "comunes" o no fue objeto de aplicación.

[21] En el año 1991 fueron condenadas a muerte tres personas en el país nipón; *Goverment of Japan*, Summary of the White Paper on Crime 1993, pág. 71.

[22] El StGB suizo de 1937 fue aprobado en referéndum con la sola oposición de los ardientes defensores de la pena de muerte; *Hafter*, Allg. Teil págs. 260 ss.; *Schultz*, Einführung II pág. 26.

[23] La abolición de la pena de muerte se consiguió en el año 1981; sobre ello vid. *Ancel*, Crime and Criminal Policy págs. 33 ss.

[24] En este país fue eliminada la pena de muerte a través del art. 15 de la Constitución de 1978; acerca de su historia vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 891 ss. [Dicho precepto, sin embargo, la dejaba subsistente en función de lo que pudieran disponer las leyes militares para tiempos de guerra. Su definitiva abolición ha tenido lugar a través de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra (N del T)].

el Reino Unido[25]. En este último país y en Canadá se intentó incluso, aunque sin resultado, la reintroducción de la pena de muerte a través de los Parlamentos respectivos.

Un camino completamente distinto al de Europa ha sido su desarrollo en los EE.UU[26]. En este país después de muchos años en los que nadie había sido ejecutado, la Corte Suprema declaró en 1972 que la aplicación de la pena de muerte era incompatible con la Constitución Federal del país[27]. Sin embargo, después de que los legisladores de muchos Estados de la Federación asumieran en sus Códigos penales criterios más exactos para la imposición de la pena de muerte, el mismo Tribunal sentenció que dicha sanción dejaba de ser una pena "extraordinaria" que, en consecuencia, no vulneraba la prohibición contenida en la 8.ª Enmienda de la Constitución[28]. Desde entonces la pena de muerte está prevista en la mayoría de los Estados norteamericanos y en el Derecho federal. También se aplica de modo creciente, a lo que hay que añadir el hecho de que son ejecutadas personas que han cometido delitos siendo jóvenes[29] o en una situación de capacidad de culpabilidad disminuida[30]. Dado que en los EE.UU. la opinión pública apoya la aplicación de la pena de muerte[31], no parece previsible que varíe en un futuro su situación jurídica.

Capítulo 1: Penas y consecuencias accesorias

A través de la Reforma del Derecho penal de 1975 el legislador ha creado todo un **instrumental de sanciones diferenciado** y extenso. Éste abarca desde la renuncia al procesamiento (§ 153 StPO) pasando por las formas atenuadas de

---

[25] En este país la pena de muerte fue restringida en el año 1965 y definitivamente abolida en el año 1969. Subsiste, sin embargo, para delitos de alta traición y de piratería violenta (*Archbold*, Criminal Pleading 5-712). Acerca de la discusión sobre la pena de muerte vid. *Bloom-Cooper*, (edrs.), The Hanging Question, 1969.

[26] Una visión general puede encontrarse en *Frankowski*, ZStW 100 (1988) pág. 591; *Wieck*, MDR 1990, pág. 113; *Zumring/Hawkins*, Capital Punishment, 1986; vid. también *Gleß*, MschrKrim 1994, pág. 69.

[27] Furman v. Georgia, 408 U.pág. 238 (1972). Vid. al respecto *Herrmann*, JZ 1972, pág. 615.

[28] Gregg. v. Georgia, 428 U.pág. 153 (1976).

[29] Vid. en este punto Stanford v. Kentucky, 492 U.pág. 361 (1989). Los EE.UU. formularon una reserva a la prohibición de ejecutar a jóvenes contenida en el art. 6 V IPbürgR.

[30] Al respecto vid., por un lado, Ford v. Wainwright, 477 U.pág. 399 (1986) y, de otro, Penry v. Lynaugh, 492 U.pág. 302 (1989). Acerca de la admisibilidad en Derecho internacional de esta práctica vid. *Geigerich*, EuGRZ 1995, 1 (10-16); *Schabbas*, Criminal Law Forum 4 (1993) pág. 95.

[31] Vid. las referencias contenidas en ZStW 100 (1988) págs. 971 ss.

"aleccionamientos" (§ 153a StPO, § 17 OWiG, § 59) y la pena de multa (§§ 40-43a), que puede comprender pequeñas sumas de dinero pero también la totalidad del patrimonio del autor, hasta la pena de prisión temporal o perpetua (§§ 38, 39). A las penas principales pueden estar anudadas, bajo determinados requisitos, la pena accesoria de prohibición de conducir (§ 44) así como consecuencias accesorias vinculadas a la condición personal del delincuente o de naturaleza patrimonial (§§ 45, 73-76a). Junto con las penas se tratan aparte las medidas de seguridad (*infra* §§ 77, 78) de corrección y aseguramiento que sirven en un primer plano a fines preventivos pero que, sin embargo, también cumplen en parte las funciones de la pena; éste es el motivo que explica que su ejecución se abone para el cumplimiento de aquélla (vid. § 67).

En la **realidad jurídica** la *pena de multa* es inequívocamente la protagonista en el ámbito de las sanciones. En el año 1991 alcanzó el 84% de todas las condenas impuestas a personas adultas en los *Länder* occidentales[1]. Sólo un 16% de los sentenciados fueron condenados a *penas de prisión* de los que, sin embargo, en torno a dos tercios les fue *suspendida condicionalmente la pena* (§ 56), de modo que sólo un 5% de los reos debieron cumplir enseguida con la pena de prisión[2]. La gran importancia cuantitativa de los delitos de tráfico se muestra con el dato de que a un 29% *de todos* los condenados les fue retirado el permiso de conducir (§ 69) y a otro 5% les fue impuesta la prohibición de conducir (§ 44). Comparativamente hablando el resto de las medidas desempeñan numéricamente un papel muy escaso; tan sólo fueron aplicadas a un 0,2% de todos los condenados.

§ 72 La pena de prisión

Alschuler, The Failure of Sentencing Guidelines, University of Chicago Law Review 58 (1991) pág. 901; *Alternativ-Kommentar* zum Strafvollzugsgesetz, 3.ª ed. 1991; *Ancel,* L'abolition de la peine de mort et le problème de la peine de remplacement, Studies in Penology to the Memory of Sir Lionel Fox, 1964, pág. 1; *Arzt,* Die Delikte gegen das Leben, ZStW 83 (1971) pág. 1; *Ashworth,* Reform des englischen Strafzumessungsrechts, ZStW 106 (1994) pág. 605; *Baltzer,* Zur Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe, StV 1989, pág. 42; *Beckmann,* Ist die lebenslange Freiheitsstrafe noch ein verfassungsre-

[1] Los porcentajes aquí citados se han calculado a partir de las referencias contenidas en *Statistisches Bundesamt,* Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung 1991, 1993, págs. 42 ss., 68-70.

[2] No obstante, hay que tener en cuenta que en casi un tercio de los casos la suspensión de la pena debe ser revocada (vid. *infra* § 79 I 9) y que en torno a un 5% de las multas hace necesaria la ejecución del arresto sustitutorio (§ 43).

chtliches Problem? GA 1979, pág. 441; *Bemmann,* Für und wider die Vereinheitlichung der Freiheitsstrafe, GA 1967, pág. 129; *el mismo,* "Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden" usw., StV 1988, pág. 549; *Bertel,* Die Wiederkehr der kurzen Freiheitsstrafe, ÖJZ 1987, pág. 75; *Bringewat,* Anmerkung zu BGH vom 23.6.1988, JR 1989, pág. 248; *Brughelli,* Alternativen zur Freiheitsstrafe, en: *Kunz* (ed.), Die Zukunft der Freiheitsstrafe, 1989, pág. 1; *Bruns,* Gesetzesänderung durch Richterspruch? Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 49; *el mismo,* Das Recht der Strafzumessung, 2.ª ed. 1985; *Calliess/Müller-Dietz,* Strafvollzugsgesetz, 6.ª ed. 1994; *Dolcini/Paliero,* Altemativen zur kurzen Freiheitsstrafe in Italien und im Ausland, ZStW 102 (1990) pág. 222; *Dolde/Rössner,* Auf dem Wege zu einer neuen Sanktion, ZStW 99 (1987) pág. 424; *Dopslaff,* Abschied von Entscheidungsfreiräumen bei Ermessen usw., ZStW 100 (1988) pág. 567; *Dreher,* Richterliche Aussetzung des Strafrestes auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe? Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 323; *Dünkel,* Gegenwärtige kriminalpolitische Strömungen zur (sozialtherapeutischen) Behandlung usw., en: *Bundeszusammenschluß für Straffälligenhlfe* (ed.), Sozialtherapie als kriminalpolitische Aufgabe, 1981, pág. 27; *el mismo,* Die Öffnung des Vollzugs — Anspruch und Wirklichkeit, ZStW 94 (1982) pág. 669; *Eser,* Empfiehlt es sich, den Tatbestand des Mordes usw. neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53.º DJT, 1980, pág. 3; *Goemann,* Das Schicksal der Lebenslänglichen, 1977; *Grünwald,* Das Rechtsfolgensystem des AE, ZStW 80 (1968) pág. 89; *Hanack,* Die lebenslange Freiheitsstrafe, Kriminologische Gegenwartsfragen 1974, Heft 11, pág. 72; *Hüsler/Locher,* Kurze Freiheitsstrafen und Alternativen, 1991; *Jescheck,* 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,* Das Strafensystem des Vorentwurfs des schweiz. StGB usw., Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 901; *Jescheck/Triffterer* (edrs.), Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? 1978; *Jung/Müller-Dietz* (edrs.), Langer Freiheitsentzug — wie lange noch?, 1994; *Kaiser,* Strafvollzug im europäischen Vergleich, 1983; *Kerner,* Kriminologische Aspekte bei der Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, Kriminologische Gegenwartsfragen 1974, Heft 11, pág. 85; *Kürzinger,* Bundesrepublik Deutschland, en: *Jescheck* (ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Tomo III, 1984, pág. 1737; *Kunz,* Die kurzfristige Freiheitsstrafe usw., SchwZStr 103 (1986) p.182; *el mismo,* Der kurzfristige Freiheitsentzug in der Schweiz, en: *Schuh* (ed.), Aktuelle Probleme des Straf-und Maßregelvollzugs, 1987, pág. 49; *el mismo,* Soziales Lernen ohne Zwang, ZStW 101 (1989) pág. 75; *Kury,* Die Behandlung Straffälliger, Tomo 1, 1986, Tomo 2, 1987; *Laubenthal,* Lebenslange Freiheitsstrafe, 1987; *el mismo,* Strafvollzug, 1995; *Lenckner,* Die kurze Freiheitsstrafe nach den Strafrechtsreformgesetzen, JurA 1971, pág. 319; *v. Liszt,* Kriminal politische Aufgaben, en: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Tomo I, 1905, pág. 290; *Mauer,* Russia, United States World Leaders in Incarceration, Overcrowded Times 5 (1994), H. 5, pág. 1; *Morris/Tonry,* Between Prison and Probation, 1990; *Müller-Dietz,* Lebenslange Frelheitsstrafe und bedingte Entlassung, en: *Einsele* y otros (edrs.), Die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1972, pág. 35; *el mismo,* Strafvollzugsrecht 2.ª ed.

1978; *el mismo,* Schuldschwere und Urlaub aus der Haft, JR 1984, pág. 353; *el mismo,* Strafvollzug, Tatopfer und Strafzweck, GA 1985, pág. 147; *Otto,* Die Mordmerkmale in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Jura 1994, pág. 141; *Rengier,* Der Große Senat für Strafsachen auf dem Prüfstand, NStZ 1982, pág. 225; *Röhl,* Über die lebenslange Freiheitsstrafe, 1969; *Sagel-Grande,* Niederlande, en: *Jescheck* (ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Tomo I, 1983, pág. 373; *Schaffmeister,* Durch Modifikation zu einer neuen Strafe, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 991; *Schöch,* Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C zum 59.º DJT, 1992; *Schüler-Springorum,* Tatschuld im Strafvollzug, StV 1989, pág. 262; *Schwind/Böhm* (edrs.), Strafvollzugsgesetz, 2.ª ed. 1991; *Schwind/Steinhilper/Böhm* (edrs.), 10 Jahre Strafvollzugsgesetz, 1988; *Sollberger,* Die kurze Freiheitsstrafe aus der Sicht von Strafrichter und Staatsanwalt, en: *Kunz* (ed.), Die Zukunft der Freiheitsstrafe, 1989, pág. 63; *Sturm,* Die Strafrechtsreform, JZ 1970, pág. 81; Tak, Sentencing and Punishment in the Netherlands, Overcrowded Times 5 (1994), H. 5, pág. 5; *Tonry,* Sentencing Guidelines and their Effects, en: *von Hirsch/Knapp/Tonry,* The Sentencing Commission and its Guidelines, 1987, pág. 16; *Tonry/Hamilton* (edrs.), Intermediate Sanctions in Overcrowded Times, 1995; *Trifferer,* Die lebenslange Freiheitsstrafe usw., ZRP 1976, pág. 91; *Trifferer/Bietz,* Strafaussetzung für "Lebenslängliche"? ZRP 1974, pág. 141; *Veh,* Mordtatbestand und verfassungskonforme Rechtsanwendung, 1986; *Walter,* Stellung und Bedeutung der Freiheitsstrafe in rechtsvergleichender Sicht, ZfStrVo 1985, pág. 325; *el mismo,* Strafvollzug, 1991; *W¹sik,* Die kriminalpolitische Bedeutung der kurzfristigen Freiheitsstrafe, Festschrift für G. Blau, 1985, pág. 599; *Weber,* Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe usw., MschrKrim 1990, pág. 65; *Weber/Scheerer* (edrs.), Leben ohne Lebenslänglich, 1988; *Weigend,* Die kurze Freiheitsstrafe — eine Sanktion mit Zukunft? JZ 1986, 260; *el mismo,* Richtlinien für die Strafzumessung, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, pág. 579; *el mismo,* Renaissance der kurzen Freiheitsstrafe? en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13.º Bundestagung, 1990, pág. 495; *el mismo,* Die Rechte Gefangener in internationaler Perspektive, en: *Müller-Dietz/Walter* (edrs.), Strafvollzug in den 90er jahren, 1995, pág. 141.

I. La cadena perpetua

1. Tras la abolición de la pena de muerte por el art. 102 GG, la cadena perpetua se ha convertido en la **modalidad de pena más grave del Derecho vigente**. Como conminación penal absoluta, es decir, sustraída a la discrecionalidad judicial, está prevista para el asesinato (§ 211 I)[3] y en el caso más grave de genocidio

[3] Sin embargo, la BGH GS 30, 105, ha admitido que en supuestos de muerte alevosa es posible una atenuación de la pena en virtud del § 49 I núm. 1 si concurren circunstancias extraor-

(§ 220a I núm. 1); en algunas disposiciones se prevé como pena normal pero alternativa a la prisión temporal (por ejemplo, §§ 80, 81 I, 307 III núm. 1); para supuestos especialmente graves a veces aparece como pena única (§§ 212 II, 316a I 2[4]) o junto con la prisión temporal (verbigracia, §§ 94 II, 100 II); otras veces se presenta como pena normal que en casos menos graves puede ser sustituida por prisión temporal (§ 220a I núms. 2-5, II); finalmente, también se impone en algunos delitos cualificados por el resultado junto con la prisión temporal (por ejemplo, 229 II[5], 239a III, 251, 312[6]).

En los casos en los que puede atenuarse la pena de acuerdo con el § 49 I (verbigracia, §§ 13 II, 21, 23 II, 27 II 2) el marco punitivo se extiende desde los tres hasta los quince años de prisión. En los casos en los que el autor es *semiadulto*, si el tribunal aplica el Derecho penal común, se puede imponer en lugar de la cadena perpetua una prisión temporal de dos a diez años (§ 106 JGG).

2. Por distintos motivos se ha puesto en duda la **constitucionalidad** de la cadena perpetua[7]. Sin embargo, su compatibilidad con la norma fundamental fue ya confirmada por el Tribunal Constitucional en el año 1977 (BVerfGE 45, 187)[8]. Ciertamente, en relación con la cadena perpetua, al igual que sucedía con la pena de muerte, no se puede demostrar empíricamente que ejerza un efecto intimidatorio más intenso al de cualquier otra pena de prisión temporal. Sin embargo, su

---

dinarias; de acuerdo *Rengier*, NStZ 1982, pág. 225; rechazándolo, sobre la base de argumentos jurídico-constitucionales, *Bruns*, Kleinknecht-Festschrift pág. 49; *Dreher/Tröndle*, § 211 núm. 17; *Lackner/Kühl*, nota preliminar núm. 20 antes del § 211; *Otto*, Jura 1994, págs. 143 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 211 núm. 10b; *Spendel*, JR 1983, pág. 269; *Veh*, Mordtatbestand pág. 123.

[4] Actualmente la cadena perpetua sólo aparece en el § 316a como pena alternativa (vid. § 316 III) (N del T).

[5] El envenenamiento, como figura autónoma anteriormente regulado en el § 229, ha desaparecido ya del StGB (N del T).

[6] El delito de inundación, anteriormente regulado en el § 312, se encuentra recogido actualmente en el § 313. Cfr. §§ 313 II y 308 III (N del T).

[7] Vid. LG Verden NJW 1976, pág. 980; al respecto, *Röhl*, Über die lebenslange Freiheitsstrafe págs. 153 ss.; *Triffterer*, ZRP 1976, pág. 92. Con carácter general, en contra de esta pena *Arzt*, ZStW 83 (1971) págs. 23 ss.; *Bemmann*, GA 1967, pág. 139; *Grünwald*, ZStW 80 (1968) pág. 99; *Müller-Dietz*, en: *Einsele* y otros, Die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe págs. 38 ss.; *Hanack*, Kriminologische Gegenwartsfragen 1974, pág. 72; *Kerner*, ibidem. pág. 85; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 761; *Tiiffterer/Bietz*, ZRP 1974, págs. 174 ss.; últimamente también *Baltzer*, StV 1989, pág. 42; *Weber*, MschrKrim 1990, pág. 65; *Weber/Scheerer* (edrs.), Leben ohne Lebenslänglich, 1988.

[8] La documentación de las consultas a expertos realizadas por el BVefG en: *Jescheck/Triffterer* (edrs.), Ist die Lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? 1978; críticamente, *Beckmann*, GA 1979, pág. 441.

mantenimiento puede entenderse, tras la abolición de la pena de muerte, como símbolo de la decisión del Estado a responder con una firmeza extraordinaria frente a la lesión consciente de los bienes jurídicos más importantes[9].

Objetable es, sin embargo, la conminación *absoluta* de la cadena perpetua en el asesinato (§ 211 I) puesto que pueden surgir casos en los que aunque, efectivamente, se haya llevado a cabo un asesinato, sin embargo el autor no manifiesta una culpabilidad tan grave como para merecer la pena máxima. En realidad esto no es tanto un problema de la cadena perpetua como de la redacción del § 211; esta disposición debería desaparecer por medio de una amplia reforma[10].

3. También plantea problemas la *ejecución* de la cadena perpetua puesto que un encarcelamiento indefinido puede conducir a considerables trastornos de la personalidad[11]. No obstante, también aquí sigue siendo válida la finalidad perseguida con la ejecución, esto es, que el preso sea capaz "de conducir su vida en un futuro de modo socialmente responsable alejado del delito" (§ 2 I 1 StVollzG). De ahí que para la preservación de la dignidad de la persona la cadena perpetua presuponga mantener la concesión al preso de una perspectiva de salir en libertad (BVerfGE 45, 187 [228 ss.]; 86, 288 [312]). Este postulado es tenido en cuenta por el § 57a en virtud del cual también la cadena perpetua puede ser suspendida condicionalmente (vid. al respecto *infra* § 79 II 7); además, también para los condenados a esta pena está prevista la concesión de permisos de salida del establecimiento penitenciario (§ 13 III StVollzG).

II. La prisión temporal

1. El **alcance máximo** de la actual pena de prisión es de quince años[12] y su **límite mínimo** de un mes (§ 38 II)[13]. No obstante, estos márgenes sólo rigen

---

[9] Vid. *Ancel*, Fox-Studies págs. 11 ss.; *Dreher*, Lange-Festschrift págs. 327 ss.; *Röhl*, Über die lebenslange Freleitsstrafe pág. 199.

[10] Profundizando en este aspecto, *Eser*, Gutachten D zum 53.° DJT págs. 34 ss.; referencias adicionales acerca de literatura sobre su reforma *Lackner/Kühl*, nota preliminar núm. 25 antes del § 211.

[11] Vid. *Eisenberg*, Kriminologie § 37 núms. 9-13; *Goemann*, Das Schicksal der Lebenslänglichen págs. 57 ss.; *Laubenthal*, Lebenslange Freiheitsstrafe págs. 113 ss.

[12] La subida del límite máximo a 20 años propuesta por el E 1962 ha sido estimada innecesaria por el legislador y objetada en el sentido de ser contraria a la resocialización del autor; vid. al respecto *Sturm*, JZ 1970, pág. 83. En torno a la problemática sobre las penas de prisión de larga duración vid. *Jung/Müller* (edrs.), Langer Freiheitsentzug, 1994.

[13] En relación con el avance en la praxis de las penas de prisión de duración media o larga

en tanto que la disposición aplicable no prevea una pena inferior para el límite máximo o una superior para el mínimo (vid., por ejemplo, §§ 243 I, 249, 250, 251). El límite máximo de quince años tampoco puede ser superado a través de la formación de una pena global (§ 54 II 2); sin embargo, cuando ésta no tiene lugar pueden ser ejecutadas sucesivamente varias penas de prisión de modo que se dé lugar a una duración del internamiento superior a los quince años (vid. BGH 33, 367). El límite mínimo del *arresto sustitutorio* es de un día (§ 43, inciso segundo).

2. Las **unidades para el cómputo del tiempo** en la medición de la pena de prisión están reguladas en el § 39. En éste se distingue entre penas de prisión inferiores a un año y las que poseen una duración mayor. Las primeras son medidas por semanas y meses completos y las segundas por meses y años también completos (acerca de las excepciones existentes en la formación de penas globales de prisión BGH 16, 167; BGH JR 1989, pág. 247 con comentario de *Bringewat*). Acerca del cálculo del tiempo de la pena vid. §§ 37 ss. StVollstrO.

III. La pena corta de prisión

1. Son consideradas **penas cortas de prisión** aquellas cuya duración es inferior a seis meses. Político-criminalmente son desde hace tiempo objeto de polémica[14] e, incluso, el AE (§ 36 I) ha propuesto su abolición generalizada. La verdad es que el legislador no ha dado un paso semejante pero a pesar de ello intenta restringir al máximo su aplicación [15]. Las penas de prisión inferiores a un mes están completamente excluidas de acuerdo con el § 38 II; las que llegan hasta los seis meses sólo pueden ser impuestas, en virtud de lo preceptuado por el § 47 I, cuando por circunstancias especiales ello resulte "*imprescindible*" para influir sobre el autor o para la defensa del Ordenamiento jurídico.

A pesar de ello, en la **realidad jurídica** los periodos cortos de permanencia en la prisión se dan con frecuencia. Esto, naturalmente, no se debe a que a menudo los tribunales impongan y ordenen la ejecución de penas cortas de prisión

durante los años setenta y ochenta vid. *NK (Villmow)*, nota preliminar núm. 41 antes del § 38 con información estadística.

[14] Vid. ya *v. Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Tomo I págs. 346-353; acerca de su discusión reciente *Kaiser*, Kriminologie § 116 núms. 14-24; *Kunz*, SchwZStr 103 (1986) pág. 182; *Walter*, ZfStrVo 1985, pág. 325; *W¹sik*, Blau-Festschrift pág. 599; *Weigend*, JZ 1986, pág. 260; *el mismo*, en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13. Bundestagung pág. 495.

[15] En torno a la historia sobre la contención de las penas cortas de prisión vid. *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 64 núms. 1-3; en lo relativo a las intenciones del legislador con ocasión de la reforma BT-Drucks. V/4094 pág. 5

en contra de lo dispuesto por el § 47 I[16]; éstas tienen lugar, más bien, como consecuencia de la ejecución del remanente de una pena tras un largo periodo de prisión preventiva (vid. § 51), de la revocación de la suspensión condicional de la pena (vid. §§ 56 ss., 57 III), así como de la ejecución de arrestos sustitutorios (§ 43)[17] [18].

La **valoración** político-criminal de la pena corta de prisión depende de las alternativas con las que se compare. Una estancia breve en la prisión no tiene ventajas preventivo-especiales mensurables frente a otras sanciones ambulatorias (como la pena de multa o la suspensión condicional) sino que, antes bien, puede disminuir las posibilidades de resocialización del autor a través de la perturbación de las condiciones sociales existentes en su trabajo, su familia o en su círculo de conocidos[19]. En el mejor de los casos también puede presumirse un efecto intimidatorio superior de las penas cortas de prisión para algunos grupos de delincuentes, pero hasta el momento no ha podido ser probado[20]. Por otra parte, tampoco las penas de prisión de larga duración permiten favorecer sustancialmente la resocialización sino que menoscaban todavía más las posibilidades del autor para llevar una vida posterior alejada del delito (si se prescinde del efecto inhibidor de

[16] No obstante, en el año 1989 fueron dictadas 44.321 penas de prisión inferiores a seis meses; esto supone un porcentaje del 44% de todas las penas de prisión. Sin embargo, de las penas cortas de prisión impuestas un 77% fueron suspendidas condicionalmente de modo que sólo fueron realmente ejecutadas alrededor de 10.000. Las cantidades se han obtenido de *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung 1991, pág. 46. Vid. también las indicaciones numéricas contenidas en *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 25.

[17] En torno a este tema vid. *Kaiser*, Kriminologie § 116 núm. 16; *Weigend*, JZ 1986, págs. 261 ss.

[18] En el *extranjero* la pena corta de prisión desempeña en parte un papel cuantitativo más importante que en Alemania; vid. la panorámica general ofrecida por *Jescheck*, Die Freiheitsstrafe Tomo III págs. 2039 ss. Lo afirmado es especialmente válido para *Suiza* (vid. *Hüsler/Locher*, Kurze Freiheitsstrafen págs. 9 ss.; *Kunz*, en: *Schuh.* [ed.], Aktuelle Probleme pág. 49; *Brughelli*, en: *Kunz* [ed], Die Zukunft der Freiheitsstrafe pág. 7; *Sollberger*, ibidem págs. 85 ss.), para *Holanda* (vid. *Sagel-Grande*, en: *Jescheck* [ed.], Die Freiheitsstrafe Tomo I pág. 415; *Schaffmeister*, Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 991), donde sin embargo ha retrocedido el porcentaje de penas cortas de prisión en el curso de los años ochenta (vid. *Tak*, Overcrowded Times 1994, H. 5, págs. 6 ss.), así como para *Inglaterra*, donde en el año 1993 un 34% de todas las penas de prisión impuestas fueron inferiores a seis meses (Criminal Statistics England and Wales 1993, 1994, pág. 174).

[19] Vid. *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug § 9 núm. 23. Suministrando información acerca de los planteamientos conducentes a una configuración racional de la ejecución de penas cortas de prisión, *Dolde/Rössner*, ZStW 99 (1987) págs. 433 ss.

[20] Acerca de las repercusiones preventivo-generales de las penas cortas de prisión vid., por un lado, *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht págs. 73 ss., 247 ss. y, por otro, *Weigend*, JZ 1986, pág. 265 con referencias adicionales.

la criminalidad derivado del proceso de envejecimiento). De ahí que desde una perspectiva preventivo-especial las penas cortas de prisión están por encima de las de larga duración y no deberían, en consecuencia, ser excluidas de modo general sino ser concebidas como medio para la reducción del nivel sancionador[21].

La preferencia legislativa por las penas de multa frente a las penas cortas de prisión, tal y como se expresa en el § 47 I, tiene lugar tanto frente a la ejecución como frente a la suspensión condicional de la pena de prisión de acuerdo con el § 56. Dicha preferencia se opone a la significativa distinción *criminológica* entre penas privativas de libertad y penas ambulatorias y trae por consecuencia que también la imposición de una pena corta de prisión con una suspensión sujeta a condiciones y/o instrucciones, que en el caso concreto puede ser mucho más racional desde una perspectiva preventivo-general que una multa, sólo resulte admisible en casos excepcionales[22].

2. La **opción** del § 47 rige para cuando una pena de prisión inferior a seis meses supera la medida de la culpabilidad en la determinación de la pena (§ 46 I 1)[23], así como para cuando desde un principio no entra en juego la pena de multa prevista por la disposición penal en cuestión[24]. Si el tipo penal aplicable al autor prevé exclusivamente una pena de prisión cuyo límite mínimo no está incrementado, entonces siempre entra en juego la pena de multa (art. 12 I EGStGB); también en este caso la pena de multa disfruta de preferencia (§ 47 II 1). El mismo régimen es también aplicable cuando la pena de prisión recogida en el tipo posee un límite mínimo incrementado pero en el caso concreto no procede imponer una pena de seis meses o más por su adecuación a la culpabilidad del autor (§ 47 II 2)[25].

Ejemplos: Si el autor es responsabilizado por un falso testimonio sin juramento (§ 153) de carácter muy leve, entonces en lugar del límite mínimo legal previsto de tres

---

[21] Más detalladamente al respecto *Weigend* en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13.° Bundestagung págs. 50 ss.

[22] Crítico, con razón, *SK (Horn)* § 47 núms. 10-13. Sin embargo, el § 47 n*o es inconstitucional* por este motivo (BVerfGE 28, 386).

[23] Esto puede también derivarse de la aplicación de una atenuación general de acuerdo con el § 49 I; *Lackner*, § 47 núm. 1; *Schönke/Schröder/Stree*, § 47 núm. 5.

[24] *Horstkotte*, JZ 1970, pág. 127; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 47 núm. 8. Por su parte, *Dreher/Tröndle*, § 47 núm. 6, interpretan incorrectamente la disposición como un permiso para imponer, ante la concurrencia de "circunstancias especiales", una pena de prisión en lugar de una pena de multa adecuada a la culpabilidad del autor.

[25] Vid. *Horn*, NStZ 1990, pág. 270; *Lackner*, § 47 núm. 8; *Schönke/Schröder/Stree*, § 47 núm. 9.

meses de prisión habría que imponer (de acuerdo con el § 47 II 2) una multa de 90 cuotas, siempre que no concurran circunstancias especiales en el sentido del § 47 I que hagan imprescindible la condena a una pena de prisión. Igualmente, en un supuesto especialmente grave de robo (§§ 242, 243) puede ser impuesta una pena de multa de entre 90 y 179 cuotas, cuando el hecho deba ser castigado por debajo del límite del marco punitivo previsto que va de los tres meses hasta los diez años de prisión.

3. Excepcionalmente, puede ser impuesta una pena corta de prisión si, debido a **circunstancias especiales**, resulta imprescindible[26] (§ 47 I), esto es, si manifiestamente ninguna otra sanción que sea adecuada a la culpabilidad del autor alcanza a cumplir el fin preventivo de la pena (vid. OLG Düsseldorf StV 1991, pág. 264; OLG Bremen StV 1994, pág. 130). Dado que aquí sólo pueden ser tenidos en cuenta la "influencia sobre el autor" de la pena y la "defensa del Ordenamiento jurídico"[27], la intervención de la pena de prisión no puede ser solo apoyada sobre el punto de vista de la "especial gravedad de la culpabilidad"[28] o incluso sobre consideraciones inapropiadas como es la de poseer el autor la cualidad de un solicitante de asilo (al respecto vid. la OLG Celle StV 1993, pág. 195).

a) Las "*circunstancias especiales*"[29] pueden, ante todo, residir en el *hecho* como, por ejemplo, en la gravedad del perjuicio o en la intensa infracción de un deber. Además, hay que tener en cuenta que ciertos "conocimientos" *generales* de carácter criminológico referidos al autor de determinados tipos penales como, por ejemplo, que el receptador no es influenciable por medio de una pena de multa, no pueden presentarse como circunstancias "especiales" a causa de la prohibición de la doble valoración (§ 46 III) (BGH StV 1993, pág. 360). Se trata, más bien, de que el hecho en su manifestación concreta debe presentarse tan claramente diverso al modelo medio del delito correspondiente, que pueda entonces poder hablarse de un "caso más grave"[30]. Circunstancias especiales de la *personalidad* del autor que pueden hablar a favor de la imposición de una pena corta de prisión son sobre todo la continua reincidencia o la inclinación manifestada a la comisión de determinados delitos. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente subraya con razón que, por sí mismo, el hecho de la perpetración múltiple de delitos no justi-

---

[26] Ello significa algo más que ser "necesario" en el sentido del § 56 III; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 47 núm. 13.

[27] *SK (Horn)* § 47 núm. 23.

[28] *Bruns*, Recht der Strafzumessung pág. 111; *Dreher/Tröndle*, § 47 núm. 6; *LK (11.ª) (Gribbohm)* § 47 núms. 15, 31.

[29] Vid. en este punto *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 47 núms. 9-12; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 64 núms. 13 ss.

[30] *Dreher/Tröndle*, § 47 núm. 3; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 47 núm. 9.

fica la imposición de una pena corta de prisión, especialmente cuando entretanto las condiciones de vida del autor se han desarrollado favorablemente (vid. OLG Düsseldorf StV 1991, pág. 264; OLG Zweibrücken StV 1992, pág. 323; OLG Schleswig StV 1993, pág. 29)[31].

b) También es determinante el requisito adicional de que la imposición de la pena de prisión sea imprescindible para *influir sobre el autor*. Para comprobar esto deben ser comparadas las posibles repercusiones de una pena de prisión sobre el autor individual con las que puedan derivarse de una pena de multa. Sólo cuando esta última fallara con toda seguridad en el objetivo de impedir la comisión de nuevos delitos y, frente a ello, la pena de prisión pueda contribuir a su consecución, puede ser dictada una pena de prisión[32]. También hay que tener en cuenta que la cuantía de la pena de multa a través del sistema de días-multa (§ 40 II) tiene que adaptarse a la capacidad económica del autor y que, en determinadas circunstancias, la pena pecuniaria puede ser completada con una prohibición de conducir (§ 44) o con alguna otra medida (por ejemplo, la privación del permiso de conducir en virtud del § 69)[33]. De otro lado, hay que contar con las posibilidades especiales de resocialización (aunque también con los riesgos) que ofrece la suspensión condicional de la pena de prisión en comparación con la de multa (vid. §§ 56b-56d)[34].

Especialmente importante para la praxis es la cuestión de cómo debe procederse cuando una pena de multa no afecta económicamente al autor, bien porque dispone de un gran patrimonio, bien porque previsiblemente no pagará la multa o bien, finalmente, porque sea otro quien se convierta en víctima económica del autor. Sin embargo, en ninguno de estos casos está justificado pasar a una pena corta de prisión: la situación económica del autor sólo puede ser traída a colación para la determinación de la cuota diaria[35]; para los condenados que se resisten a pagar la multa está prevista como sanción el arresto sustitutorio (§ 43)[36]; y, finalmente, el pago de la multa a través de un tercero no

---

[31] Igualmente, *SK (Horn)* § 47 núm. 24.

[32] *Lackner*, § 47 núm. 3; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 64 núm. 15; *SK (Horn)* § 47 núm. 14. De ahí que se equivoque la sentencia BayObLG NStZ 1989, pág. 75, en la que la imposición de una pena corta de prisión a una anciana de 74 años multirreincidente por sustracciones en establecimientos comerciales, se fundamenta con el argumento de que no puede ser tolerada una "resignación de la Justicia" frente a delincuentes incorregibles.

[33] *Dreher/Tröndle*, § 47 núm. 7; *Lenckner*, JurA 1971, pág. 332; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 64 núm. 17.

[34] *Schönke/Schröder/Stree*, § 47 núms. 11 ss.; *SK (Horn)* § 47 núms. 18 ss.

[35] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 47 núm. 24; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 64 núm. 16; *Schönke/Schröder/Stree*, § 47 núm. 11.

[36] Vid. *SK (Horn)* § 47 núm. 27.

está prohibido penalmente (vid. BGH 37, 226), algo que por lo demás podría conducir a menudo a una pretensión indemnizatoria del tercero frente al autor[37].

c) Si por motivos preventivo-especiales no es necesaria la imposición de una pena corta de prisión, entonces ésta sólo puede apoyarse sobre la idea de "defensa del Ordenamiento jurídico" (vid. más detalladamente *infra* § 79 I 5). Decisiva es aquí la consideración de que en casos verdaderamente excepcionales la imposición de una pena más grave, carente además de efectos preventivo-especiales, puede ser precisa para el mantenimiento de la fidelidad jurídica de la población; y ello porque, de lo contrario, se quebrantaría la confianza de la comunidad en la "inviolabilidad del Derecho" (BGH 24, 40 [46]; vid. también KG StV 1993, pág. 120)[38]. De modo diverso al contexto del § 56 III, donde es aplicable la misma formulación, aquí se trata sólo de la simple *imposición* de una pena de prisión, no de su *ejecución*; del § 56 se deriva incluso que una pena de prisión inferior a seis meses tampoco puede ser impuesta "para la defensa del Ordenamiento jurídico" cuando la ejecución no es necesaria por motivos preventivo-especiales. Para el § 47 I esto significa que para la preservación de la fidelidad jurídica de la población debería precisamente ser necesario dictar, no una pena de multa, sino una pena de prisión no indicada preventivo-especialmente (y entonces, en la mayoría de los casos, suspenderla condicionalmente). Este requisito sólo podrá ser afirmado en supuestos muy poco comunes[39].

4. En el *extranjero* el § 37 del StGB austríaco contiene una disposición equiparable al § 47 destinada a restringir las penas cortas de prisión; allí, sin embargo, las excepciones están formuladas de una forma menos estrecha que en Derecho alemán. En *Suiza*, de acuerdo con el art. 32 del Anteproyecto de *Schultz*, deberían haber desaparecido este tipo de penas de prisión; en cambio, en los arts. 40 y 41 del Anteproyecto de la Comisión de expertos se propone una solución que se corresponde ampliamente con el § 47 alemán.

IV. La ejecución de la pena de prisión

1. La ejecución de la pena de prisión se regula en la **Ley sobre ejecución de la pena de prisión y de las medidas de seguridad de corrección y asegu-**

---

[37] En cuanto al resultado, como aquí vid. BayObLG NJW 1994, pág. 167; *Dreher/Tröndle*, § 47 núm. 7; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 47 núms. 25 ss.; de otra opinión *SK (Horn)* § 47 núm. 29.

[38] Pueden encontrarse ejemplos provenientes de la práctica en *Dreher/Tröndle*, § 47 núm. 5; *Lackner*, § 47 núm. 5.

[39] *SK (Horn)* § 47 núms. 36 ss., menciona situaciones en las que un injusto del hecho extraordinariamente alto se enfrenta a una culpabilidad reducida del autor y viceversa. Acertadamente, a favor de la desaparición del elemento "defensa del Ordenamiento jurídico", *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 64 núm. 22.

ramiento de 16.3.1976 (BGBl. I pág. 581)[40]. En cambio, la ejecución de penas de prisión y arrestos (penales y juveniles) a soldados por parte de las autoridades del ejército está regulada en la Ordenanza de ejecución del ejército federal de 29.11.1972 (BGBl. I pág. 2205) y cuyo principio general es el de que por regla general el soldado participa del servicio público (§ 2 II BwVollzO). La Ley penitenciaria acoge como principio más importante el de la primacía de la resocialización como objetivo de la ejecución penal (§ 2, inciso primero, StVollzG)[41]. Con esta finalidad la vida en la prisión debe ajustarse lo más ampliamente posible a las condiciones de vida generales (§ 3 I StVollzG), debiendo cooperar los presos en la organización de su tratamiento y en la consecución del objetivo penitenciario (§ 4 I StVollzG)[42]. La protección de la colectividad frente a posibles delitos futuros cede ante el objetivo de la resocialización (§ 2, inciso segundo, StVollzG). Para cada preso se organiza un plan para la ejecución de su pena sobre la base de una investigación del tratamiento (§ 7 StVollzG). A ser posible, los presos deben ser internados en establecimientos penitenciarios de régimen abierto (§ 10 StVollzG). Como relajaciones del régimen penitenciario están previstos los permisos penitenciarios y el trabajo fuera del establecimiento (con o sin vigilancia) (§ 11 StVollzG). El periodo vacacional puede durar hasta veintiún días al año (§ 13 StVollzG)[43]. Los presos trabajan en común (§ 17 StVollzG) y son recluidos so-

[40] Vid. al respecto los comentarios de *Calliess/Müller-Dietz*, 6.ª ed. 1994; *AK StVollzG*, 3.ª ed. 1990; *Schwind/Böhm* (ed.), 2.ª ed. 1991, así como los manuales de *Calliess*, Strafvollzugsrecht, 3.ª ed. ed. 1992; *Laubenthal*, Strafvollzug, 1995 y de *Walter*, Strafvollzug, 1991.

[41] Acerca del fundamento constitucional BVerfGE 35, 202 (235); 40, 276 (284 ss.), así como *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug págs. 152 ss. Acerca de la creciente toma en consideración de la prevención general y de la culpabilidad del preso en la configuración de la ejecución penitenciaria (por ejemplo, BVerfGE 64, 261; OLG Frankfurt NStZ 1983, pág. 140; OLG Stuttgart NStZ 1987, pág. 430; OLG Karlsruhe NStZ 1989, 247; OLG Bamberg NStZ 1989, pág. 389); críticos, con razón, *Bemmann*, StV 1988, pág. 549; *Müller-Dietz*, GA 1985, págs. 154 ss.; *el mismo*, JR 1984, págs. 359 ss.; *Schüler-Springorum*, StV 1989, pág. 265; *Walter*, Strafvollzug págs. 58 ss. En cambio, aprobando los criterios que se orientan hacia una relajación de la ejecución penitenciaria *Böhm*, en: *Schwind/Böhm*, StVollzG, § 2 núm. 6; vid. también las aportaciones de *Dietl* y *Baumann*, en: *Schwind/Steinhilper/Böhm* (edrs.), 10 Jahre Strafvollzugsgesetz págs. 55, 69.

[42] La disposición pone de relieve el papel que cumple el preso y el principio de colaboración en el sentido de resocialización; vid. *Müller-Dietz*, Strafvollzug pág. 87; *Kunz*, ZStW 101 (1989) págs. 87 ss.

[43] Una investigación profunda de la praxis penitenciaria con resultados sustancialmente positivos puede encontrarse en *Dünkel*, ZStW 94 (1982) págs. 669 ss. Acerca de la terapia social en la cárcel (§ 9 StVollzG) *Dünkel*, en: *Bundeszusammenschluß für Straffälligenhilfe* (ed.), Sozialtherapie págs. 27 ss. En relación con la investigación empírica del tratamiento *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug págs. 501 ss.; *Kury*, Die Behandlung Straffälliger, Tomo 1, 1986, Tomo 2, 1987.

los en sus celdas durante el tiempo de descanso (§ 18 StVollzG). La retribución laboral de los presos asciende provisionalmente sólo a un 5% del salario medio interprofesional de todos los asegurados a través del régimen legal de la Seguridad Social para la jubilación e invalidez (§§ 43, 200 StVollzG)[44]. Los presos se benefician del seguro de desempleo. Las disposiciones sobre el seguro sanitario y de pensiones deberían haber sido aprobadas por una Ley Federal *ad hoc* (§ 198 StVollzG) que hasta el momento no ha tenido lugar. El preso tiene derecho a formular quejas ante el director del establecimiento (§ 108 StVollzG) y a obtener una resolución de la Sala de Ejecución Penitenciaria cuando alegue que mediante una medida, su rechazo o la omisión de la misma, se siente perjudicado en sus derechos (§§ 109 ss. StVollzG)[45]. La excarcelación de los internos se prepara con medidas relajadoras del régimen penitenciario (§ 15 StVollzG) y se apoya por medio de auxilio social (§§ 74 ss. StVollzG). En su conjunto, desde la aprobación de la Ley Penitenciaria de 1976, la ejecución de las penas de prisión ha sufrido considerables avances. Ciertamente, las cifras de reincidencia son todavía elevadas, pero a la prisión llegan mayoritariamente personas que ya han cometido algunos delitos y que, naturalmente, poseen una inclinación a la reincidencia superior a los demás internos[46], de modo que también un porcentaje limitado de casos en los que se consigue la resocialización es ya de por sí un éxito.

2. Las **exigencias mínimas internacionales** en la configuración del régimen penitenciario en los ordenamientos jurídicos nacionales vienen recogidas en los " Reglas *mínimas unitarias para el tratamiento de los presos*"[47]. Fueron adoptadas en Ginebra en el año 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Tratamiento de Delincuentes y, a través de una resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 31.7.1957, se recomendó a los gobiernos nacionales su aceptación y aplicación. Para los Estados miembros del Consejo de Europa rigen las "Reglas europeas penitenciarias" aprobadas por el Comité de Ministros de dicho órgano en el año 1987[48]. La disposición central de estas reglas reza literalmente: "La privación de libertad tiene que realizarse bajo unas condiciones materiales y éticas que garanticen

---

[44] El incremento salarial originalmente planificado todavía no se ha conseguido; vid. *Matzke*, en: *Schwind/Böhm*, StVollzG § 200 núms. 1 ss.

[45] Existen, sin embargo, un amplio espacio de discrecionalidad por parte de las autoridades penitenciarias que judicialmente sólo puede ser revisado en parte; crítico al respecto *Dopslaff*, ZStW 100 (1988) pág. 567.

[46] Vid. *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug págs. 376 ss.; *Streng*, Sanktionen págs. 108 ss.

[47] Texto inglés de las "Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisioners" en: UN Sales núm. 1956 IV. Una traducción al alemán puede encontrarse en ZStW 67 (1955) pág. 667 y en ZfStrVo 1958, pág. 141.

[48] Recommandation núm. R (87) 3 et Exposé des motifs, Strasbourg 1987.

el respeto de la dignidad de la persona" (Parte Primera, núm. 1). Los Principios Mínimos de las Naciones Unidas para la Jurisdicción Juvenil de 1985[49] prevén en el núm. 27 la aplicación de los Principios Mínimos para el tratamiento de presos a las medidas para el tratamiento de los jóvenes[50].

V. Derecho extranjero

También en el extranjero[51] la pena de prisión es todavía la espina dorsal del sistema de penas, aunque en todos los lugares también crece la crítica hacia ella. Sin embargo, el porcentaje de penas de prisión en el conjunto de las condenas judiciales y también el de ejecuciones de aquéllas frente a su suspensión condicional es muy distinto. *Austria* conoce tanto la cadena perpetua como la prisión temporal que va de un día como mínimo hasta veinte años como máximo (§ 18 österr. StGB). Al igual que en Alemania rige una regla prioritaria en beneficio de la pena de multa frente a la de prisión de hasta seis meses (§ 37 österr. StGB)[52]. El StGB *suizo* ha mantenido la distinción entre presidio ("Zuchthaus"), prisión ("Gefängnis") y arresto ("Haft"), previendo asimismo la cadena perpetua. En el Anteproyecto de la Comisión de Expertos está ahora prevista una pena unitaria de prisión que va de seis meses a veinte años, además de la cadena perpetua y, para casos excepcionales, una pena corta de prisión de entre ocho días y seis meses (arts. 40, 41)[53]. En un primer plano se encuentra la suspensión condicional que puede ser aplicada a penas de prisión no superiores a dieciocho meses. En *Francia* la cadena perpetua sustituyó en el año 1981 a la abolida pena de muerte y ha sido mantenida en el nuevo Código penal (art. 131-1). Hay distintas clases de penas de prisión pero su ejecución es unitaria. El Derecho francés no conoce una regla expresa de prioridad en beneficio de los sustitutivos de la pena de prisión, pero el Código francés dispone de toda una serie de sanciones para la sustitución de la pena corta de prisión (art. 131-5 a 131-8)[54]. En Derecho penal *italiano* existe tanto la cadena perpetua como la prisión temporal que va desde los quince días hasta los veinticuatro años; tratándose de faltas se extiende desde los cinco días hasta los tres años. La importante Ley de Reforma "Modifiche al sistema

[49] Una traducción al alemán de los mismos se encuentra en ZStW 99 (1987) pág. 253; al respecto vid. *Dünkel*, ZStW 100 (1988) pág. 361; *Kaiser*, RdJB 1989, pág. 44.

[50] Para un estudio comparativo internacional del Derecho penitenciario vid. *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug págs. 22 ss.; *Weigend*, en: *Müller-Dietz/Walter* (edrs.), Strafvollzug in den 90er Jahren pág. 141.

[51] Vid. las referencias contenidas en *Jescheck*, (ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht Tomo III, págs. 1975 ss.

[52] Vid. *Bertel*, ÖJZ 1987, pág. 75.

[53] Acerca de las propuestas discrepantes contenidas en el Anteproyecto de *Schultz* vid. *Jescheck*, Lackner-Festschrift págs. 903 ss.

[54] Acerca de la reforma francesa vid. en detalle *Zieschang*, Sanktionensystem págs. 209 ss.

penale" de 1981 trajo consigo la descriminalización de los delitos de bagatela, introdujo sustitutivos para la pena corta de prisión, modernizó la pena de multa y creó nuevas sanciones sustitutivas para el caso de impago de la pena de multa después de que el Tribunal Constitucional hubiera declarado inconstitucional el arresto sustitutorio[55]. En *España* la pena de muerte fue abolida en el año 1978[56] pero no fue introducida la cadena perpetua. La pena de prisión temporal va, por regla general, de un día a treinta años y, excepcionalmente, puede alcanzar los cuarenta años. Están previstas cuatro clases de penas de prisión cuya ejecución puede ser evitada mediante la suspensión condicional dentro de unos límites determinados[57]. En *Holanda* existe, ciertamente, la cadena perpetua pero ésta es aplicada en muy raras ocasiones. El límite mínimo de la pena de prisión es de un día y el máximo de quince años aunque en algunos tipos penales llegan hasta los veinte años. Junto a la pena de prisión la de presidio apenas si posee importancia práctica. En *Bélgica* se impone todavía la pena de muerte pero ésta no se ejecuta nunca; junto a ella coexisten la cadena perpetua y la prisión temporal en cuya ejecución no se diferencian en nada[58]. En *Inglaterra* las disposiciones penales sólo prevén sanciones máximas —a veces muy altas—. La cadena perpetua es obligatoria para el asesinato y para otros delitos graves puede imponerse facultativamente. De acuerdo con el Criminal Justice Act de 1991 aparecen como alternativas a la pena de prisión la multa, así como diversas "community sentences" (por ejemplo, trabajos en beneficio de la comunidad y suspensión condicional). El tribunal debe hacer uso de tales alternativas a no ser que la gravedad del delito aconseje imponer una pena de prisión; la cuantía de la pena también se fija en virtud del

---

[55] En relación con dicha Ley vid. *Dolcini/Paliero*, ZStW 102 (1990) pág. 222.

[56] Véase *supra* § 71 II 2, nota a pie núm. 24 (N del T).

[57] Con la aprobación del Código penal de 1995 se introducen muchas novedades en el sistema de penas español. La cadena perpetua sigue sin aparecer y la prisión temporal alcanza, por regla general, desde los seis meses hasta los veinte años (art. 36) pero, excepcionalmente, puede llegar hasta los treinta años (arts. 36, 70.2, 76.1.b). Además, el cumplimiento efectivo de la pena de prisión se ha agravado por la desaparición del beneficio de la redención de penas por el trabajo. No existen las penas cortas de prisión, por lo que si en el caso concreto es necesario bajar de los seis meses entran en juego penas sustitutivas (art. 71.2). En cambio, como pena privativa de libertad se ha introducido la pena de arresto de fin de semana que dura treinta y seis horas; como regla general se pueden imponer un máximo de veinticuatro fines de semana (art. 37). Se han ampliado los límites de la suspensión condicional de la pena de prisión (arts. 80 ss.) y se prevén distintas posibilidades para la sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 88 ss.). La pena de multa acoge el sistema escandinavo de días-multa (art. 50.2) aunque permanece la posibilidad de imponer multas proporcionales allí donde el legislador lo disponga expresamente (art. 52). Se mantiene, asimismo, la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa (art. 53). Finalmente, se introduce la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49) pero éstos no aparecen como sanción autónoma sino sólo como pena sustitutiva (arts. 53.1-2, 88.2) (N del T).

[58] Vid. *Tulkens/van de Kerchove*, Introduction págs. 308 ss.

injusto del hecho para lo cual la jurisprudencia ha suministrado criterios judiciales en determinados delitos a través de las "guideline judgements". Sólo en delitos sexuales y violentos la cuantía de la pena puede descansar sobre la idea de protección de la colectividad a largo plazo frente al autor (secc. 1 [2] Criminal Justice Act 1991)[59]. En los *Estados Unidos* la pena de prisión se encuentra claramente en un primer plano de la praxis: en el año 1993 se encontraban más de 1,3 millones de norteamericanos en la cárcel[60]. La cadena perpetua y las penas de prisión de larga duración se imponen con frecuencia; asimismo, la otrora habitual excarcelación anticipada por decisión discrecional de la autoridad penitenciaria ha sido fuertemente restringida en beneficio de una política igualitaria en la fijación de la pena ("truth in sentencing"). También la introducción de pautas judiciales vinculantes (sentencing guidelines) en el sistema jurídico federal y en el de varios Estados ha conducido a un alargamiento de las penas de prisión impuestas[61]. A pesar de todo, las alternativas a la pena de prisión (suspensión condicional, arresto domiciliario, trabajos en beneficio de la comunidad) han reforzado su propagación[62], pero no han podido romper el dominio de la pena de prisión. En *Brasil* la cadena perpetua está prohibida por la Constitución y la pena de prisión alcanza un máximo de treinta años.

§ 73 La pena de multa y la pena patrimonial

H.-J. Albrecht, Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung des Tagessatzsystems, 1980; *el mismo,* Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten, 1982; *H.-J. Albrecht/Dünkel/Spieß,* Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik, MschrKrim 1981, pág. 310; *H.-J. Albrecht/Schädler,* Community Service — Gemeinnützige Arbeit usw., 1986; *los mismos,* Die gemeinnützige Arbeit auf dem Weg zur eigenständigen Sanktion? ZRP 1988, pág. 278; *Archbold,* Criminal Pleading, Evidence and Practice, 1995; *Arzt,* Geldwäscherei — eine neue Masche usw., NStZ 1990, pág. 1; *Ash*worth, Reform des englischen Strafzumessungsrechts, ZStW 106 (1994) pág. 605; *Baumann,* Von den Möglichkeiten einer Laufzeitgeldstrafe, JZ 1963, pág. 733; *Blau,* Die gemeinnützige Arbeit als Beispiel für einen grundlegenden Wandel des

[59] Una visión general puede encontrarse en *Ashworth*, ZStW 106 (1994) pág. 605.

[60] Referencias en *Mauer,* Overcrowded Times 5 (1994) H. 5, pág. 1.

[61] Vid. *Tonry,* en: *von Hirsch/Knapp/Tonry,* Sentencing Commission págs. 36 ss.; *Alschuler,* University of Chicago Law Review 58 (1991) págs. 929-938; con carácter general, acerca de las "sentencing guidelines" vid. *Weigend,* Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln págs. 591-598.

[62] Vid. *Morris/Tonry,* Between Prison and Probation, 1990; *Tonry/Hamilton* (edrs.), Intermediate Sanctions in Overcrowded Times, 1995.

Sanktionenwesens, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 189; *Bock,* Kriminologie und Spezialprävention, ZStW 102 (1990) pág. 504; *Brandis,* Geldstrafe und Nettoeinkommen, 1987; *Bringewat,* Strafvollstreckung, 1993; *el mismo,* Die Bildung der Gesamtvermögensstrafe — ein kriminalpolitisches Kuckucksei NStZ 1993, pág. 316; *Brughelli,* Alternativen zur Freiheitsstrafe, en: *Kunz* (ed.), Die Zukunft der Freiheitsstrafe, 1989, pág. 1; *Burgstaller,* Das neue österreichische Strafrecht in der Bewährung, ZStW 94 (1982) pág. 723; *Conso/Barbalinardo,* Codice penale e norme complimentari, 8.ª ed. 1994; *Dessecker,* Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis, 1991; *Dölling,* Die gemeinnützige Arbeit als eigenständige strafrechtliche Sanktion, en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13. Bundestagung, 1990, pág. 363; *el mismo,* Die Weiterentwicklung der Sanktionen usw., ZStW 104 (1992) pág. 259; *Dolcini/Paliero,* Alternativen zur kurzen Freiheitsstrafe in Italien und im Ausland, ZStW 102 (1990) pág. 222; *Driendl,* Die Reform der Geldstrafe in Österreich, 1978; *Ermgassen,* Skandinavien, en: *Jescheck/Grebing* (edrs.), Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht, 1978, pág. 855; *Eser,* Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität? Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 833; *Feuerhelm,* Gemeinnützige Arbeit als Alternative in der Geldstrafenvollstreckung, 1991; *Fleischer,* Die Strafzumessung bei Geldstrafen, Diss. Gießen 1983; *Frank,* Das "Nettoeinkommen" des § 40 II 2 StGB, MDR 1976, pág. 626; *Gerken/Henningsen,* Ersetzung der Ersatzfreiheitsstrafe durch freie Arbeit, ZRP 1987, pág. 387; *Grebing,* Probleme der Tagessatz-Geldstrafe, ZStW 88 (1976) pág. 1049; *el mismo,* Recht und Praxis der Tagessatz-Geldstrafe, JZ 1976, pág. 745; *el mismo,* Bundesrepublik Deutschland, en: *Jescheck/Grebing* (edrs.), Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht, 1978, pág. 13; *Heghmanns,* Abweichungen vom Nettoeinkommensprinzip bei der Bemessung von Geldstrafen, NStZ 1994, pág. 519; *Hillenkamp,* Zur Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 455; *el mismo,* Anmerkung zu BGH 37, 226, JR 1992, pág. 74; *Horn,* Zwei Jahre neues Geldstrafensystem usw., JR 1977, pág. 95; *el mismo,* Probleme bei der Bestimmung der Mindest-und Höchstgeldstrafe, NStZ 1990, pág. 270; *Hüsler/Locher,* Kurze Freiheitsstrafen und Alternativen, 1991; *Janssen,* Die Praxis der Geldstrafenvollstreckung, 1994; *Jescheck, Die* Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze usw., Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 27; *el mismo,* Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 365; *el mismo,* Die Geldstrafe als Mittel moderner Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht, Festschrift für Th. Würtenberger, 1977, pág. 257; *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; *Jescheck/Grebing* (edrs.), Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht, 1978; *Kaiser,* Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 685; *Kapp,* Dürfen

Untemehmen ihren (geschäftsleitenden) Mitarbeitern Geldstrafen bzw. —bußen erstatten? NJW 1992, pág. 2796; *Kerner/Kästner* (edrs.), Gemeinnützige Arbeit in der Strafrechtspflege, 1986; *Köhler*, Zur Kritik an der Zwangsarbeitsstrafe, GA 1987, pág. 145; *Köhler/Beck*, Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktion, JZ 1991, pág. 797; *Kohlmann*, § 40 Abs. 2 y 3 StGB — in Steuerstrafverfahren bedeutungslos? Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 257; *Krehl*, Vermögensberücksichtigung bei der Gesamtstrafenbemessung? NStZ 1988, pág. 62; *el mismo*, Die Berücksichtigung von Verbindlichkeiten bei der Geldstrafenbemessung, NStZ 1989, pág. 463; *Krey/Dierlamm*, Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, JR 1992, pág. 353; *Lemke*, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Vermögensstrafe, StV 1990, pág. 87; *Meier*, Um der Geldstrafe für Zwecke der Wiedergutmachung, ZRP 1991, pág. 68; *D. Meyer*, Zu Fragen bei der Festsetzung der Höhe eines Tagessatzes usw., MDR 1976, pág. 274; *J. Meyer*, Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe? ZRP 1990, pág. 85; *J. Meyer/Dessecker/Smettan* (edrs.), Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, 1989; *Mezzetti*, Perspektiven eines neuen italienischen Strafgesetzbuchs, ZStW 105 (1993) pág. 625; *Mitsch*, Die Geldstrafe, JA 1993, pág. 304; *el mismo*, Die Vermögensstrafe, JA 1994, pág. 425; *Morris/Tonry*, Between Prison and Probation, 1990; *Obendorf*, Emfiehlt sich eine Ausgestaltung des strafrechtlichen Sanktionensystems en: Verhandlungen des Zehnten österreichischen Juristentages, Strafrechtliche Abteilung, 1988, pág. 51; *Perron*, Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall, JZ 1993, pág. 918; *Sagel-Grande*, Das niederländische Strafensystem, MschrKrim 1989, pág. 245; *Schaeffer*, Die Bemessung der Tagessatzhöhe usw., 1978; *Schall*, Ehegattensplitting und Tagessatzsystem, JuS 1977, pág. 307; *el mismo*, Die Sanktionsalternative der gemeinnützigen Arbeit usw., NStZ 1985, pág. 104; *Schiavi*, La conversione delle pene pecuniaria, Rivista italiana di diritto e procedura penale 1989, pág. 722; *Schoreit*, Für und gegen die Vermögensstrafe, MDR 1990, pág. 1; *Schöch*, Arimerkung zu OLG Celle vom 1.4.1982, NStZ 1983, pág. 316; *el mismo*, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C zum 59. DJT, 1992; *Seib*, Die Strafzumessung nach Einführung der Tagessätze, en: 13.° Deutscher Verkehrsgerichtstag, 1975, pág. 106; *von Selle*, Der Begriff der unbilligen Härte in § 459f StPO, NStZ 1990, pág. 118; *el mismo*, Vermögen, Strafe und Steuer, wistra 1995, pág. 161; *Stile*, Neue italienische Kriminalpolitik usw., ZStW 96 (1984) pág. 172; *Strate*, Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins usw., StV 1992, pág. 29; *Tröndle*, Geldstrafe und Tagessatzsystem, ÖJZ 1975, pág. 589; *el mismo*, Anmerkung zu OLG Celle vom 8.3.1977, JR 1977, pág. 385; *Vogler*, Demontage des Tagessatzsystems? JR 1978, pág. 353; *Weßlau*, Neue Methoden der Gewinnabschbpfung? StV 1991, 226; *Wieczorek*, Bestimmung der Tagessatzhöhe und Steuergeheimnis, wistra 1987, pág. 173; *Wodicka*, Anmerkung zu BGH 37, 226, NStZ 1991, pág. 487; *Zipf*, Die Rechtsfolgen der Tat im neuen StGB, JuS 1974, pág. 137; *el mismo*, Empfiehlt sich eine Ausgestaltung des strafrechtlichen Sanktionensystems, en: Verhandlungen des Zehnten Österreichischen Juristentages, Strafrechtliche Abteilung, 1988, pág. 75.

I. La pena de multa en el sistema de sanciones penales

1. En la actual praxis del Derecho penal la pena de multa es, con mucho, la **sanción más frecuente**. Aunque hasta comienzos del siglo XX estuvo a la sombra de la pena de prisión, su ámbito de aplicación se extendió primero a través de las Leyes sobre multas penales de 1921 y 1924 y, posteriormente, por medio de la Reforma del Derecho penal de 1975 que se planteó el objetivo de ampliarlo todavía más para desplazar las penas cortas de prisión[1]. Simultáneamente, para la fijación de la pena de multa, el legislador de la Reforma sustituyó el sistema anteriormente vigente de la suma global por el **sistema de días-multa**. De este modo se introdujo transparencia en el acto de fijación de la suma y la sanción pudo ser adaptada a la capacidad financiera del autor (acerca de la forma de funcionamiento del sistema de días-multa vid. *infra* § 73 II). Todo ello condujo a un verdadero triunfo de la pena de multa en el sistema sancionador alemán: en el año 1991 en torno a un 84% de los condenados le fue impuesta una pena de multa[2].

La pena de multa no aparece nunca en los tipos delictivos del StGB como pena única sino que se recoge como alternativa a la prisión. Su aplicación está siempre disponible cuando no está incrementado el límite mínimo de la pena de prisión (vid. también el art. 12 I 1 EGStGB) e, incluso, en algunos delitos graves la pena de multa está expresamente prevista para supuestos de menor gravedad (por ejemplo, §§ 146 II[3], 152a II[4], 223b I[5]). A menudo la pena de multa también puede ser impuesta cuando el tipo realizado por el autor sólo acoge una pena de prisión. Ello sucede, en primer lugar, cuando una atenuación general o especial de la pena (verbigracia, §§ 21, 23 II, 27 II 2, 46a, 157 II) se remite al § 49 I núm. 3 o II; y, en segundo lugar, si el tribunal estima adecuada una pena de prisión inferior a seis meses; en este último caso el § 47 I, II 1, establece la primacía de la pena de multa en la medida en que la imposición de una pena de prisión no resulte imprescindible por motivos preventivos de carácter general o especial (al respecto, vid. *supra* § 72 III 2, 3)[6].

---

[1] Acerca de la historia y desarrollo de la pena de multa vid. *Grebing*, Bundesrepublik Deutschland, en: *Jescheck/Grebing* (edrs.), Die Geldstrafe págs. 18-23, 29-39; *LK (10.ª)(Tröndle)* nota preliminar núms. 6-11 antes del § 40.

[2] *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung 1991, 1993, págs. 46, 50.

[3] La referencia debe entenderse realizada al vigente § 146 III (N del T).

[4] La referencia debe entenderse realizada al vigente § 152a III (N del T).

[5] El vigente § 225, que es donde actualmente se regula el maltrato de personas sujetas a la custodia o cuidado del autor, no prevé ya la imposición de ninguna pena de multa (N del T).

[6] Acerca del problema del marco punitivo en tales casos vid. *Horn*, NStZ 1990, pág. 270.

2. La finalidad político-criminal de la pena de multa, esto es, ahorrarle al autor la aplicación de una pena de prisión, hace que por regla general aquélla no sea impuesta *junto* a ésta[7]. Esto rige también cuando la prisión es suspendida condicionalmente, pues para este caso existe no obstante la posibilidad de imponerle al autor el pago de una cantidad de dinero (§ 56b II núms. 2, 4). La regla de la **exclusividad** de la pena de multa tiene su excepción en el § 41 para el caso en el que el autor se ha enriquecido con el hecho o ha intentado hacerlo. Dado que la pena de multa no tiene como finalidad el privar al autor de sus ganancias ilícitas –para ello está prevista la pérdida de beneficios de acuerdo con los §§ 73 ss.-, no queda claro cuál es la finalidad de la acumulación (contraria a la resocialización) de la pena de prisión con la de multa[8]. De todos modos, el § 41 suministra no obstante la posibilidad de que la pena de prisión, en atención a la imposición simultánea de la multa, pueda ser rebajada hasta el límite de los dos años para, de este modo, poder ser suspendida condicionalmente (vid. BGH 32, 60 [65-67]; BGH NJW 1719)[9].

3. En **Derecho penal juvenil** la pena de multa no está prevista. Sin embargo, con frecuencia en la praxis entra en su lugar la imposición del pago de una cantidad de dinero como medio disciplinario (§ 15 I núm. 4 JGG) o como condición para la suspensión (§ 23 I 2 JGG). En el **Derecho administrativo sancionador** posee un gran protagonismo la *sanción pecuniaria* ("Geldbuße") como medida represiva de carácter económico. En su mayor parte funciona como la pena de multa pero, a diferencia de ésta, no está asociada a una desaprobación ética y no se determina a través del sistema de días-multa.

4. El éxito político-criminal de la pena de multa se explica fácilmente por sus numerosas **ventajas**[10]. Por una parte, comporta una pérdida sensible de "calidad de vida" para el condenado dado que muchas posibilidades placenteras sólo son

---

[7] Sin embargo, en la formación de una pena global de acuerdo con el § 53 II 2, es posible la combinación de una pena de multa y otra de prisión; vid. al respecto BGH NJW 1990, pág. 2897.

[8] *Streng*, Sanktionen pág. 55; críticamente también *Grebing*, JZ 1976, pág. 749; *LK (10.ª) (Tröndle)* § 41 núm. 2; *Zipf*, JuS 1974, pág. 140.

[9] *Dreher/Tröndle*, § 41 núm. 4a; *Lackner*, § 41 núm. 1a; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 59 núm. 33; *SK (Horn)* § 41 núm. 4. Cuestionable resulta, sin embargo, el por qué debe "merecer" el autor una mayor flexibilidad en la determinación de la pena que le favorece cuando sólo está presente un ánimo de enriquecimiento; críticos también en este punto, *Mitsch*, JA 1993, pág. 307; *Schönke/Schröder/Stree*, § 41 núm. 6. Problemas parecidos surgen en la pena patrimonial (§ 43a) en relación con la segunda posibilidad de acumulación de la pena de prisión y la multa; al respecto vid. *infra* § 73 IV.

[10] Vid. en este punto *Grebing*, ZStW 88 (1976) págs. 1109-1111; *LK (10.ª)(Tröndle)* nota preliminar núms. 47-57 antes del § 40.

disponibles a cambio de dinero. Por otra, el autor no es separado de su familia, de sus contactos sociales ni tampoco de su integración laboral como sucede con la pena de prisión. Hasta cierto punto la pena de multa es también "económica" al conservar la mano de obra y la actividad productiva del autor, así como también porque no obliga al Estado a suministrarle alojamiento, mantenimiento y tutela en la prisión. Además, con ayuda del sistema de días-multa es posible ajustar la medida de la pena, no sólo a la culpabilidad por el hecho, sino también a la capacidad económica individual del autor. Finalmente, por medio de la concesión al autor de pagos fraccionados (§ 42) se facilita el desembolso de la multa y su efecto se alarga temporalmente.

Frente a todo ello sólo surgen algunas **desventajas**[11] relativamente pequeñas: no obstante la fijación de la pena de multa a través de cuotas diarias, la desigual perceptibilidad criminal de delincuentes pobres y adinerados no queda completamente compensada; se derivan dificultades de aplicación sobre autores "inmensamente" ricos y sobre aquellos que carecen completamente de medios; a través de la ejecución de la pena de multa puede menoscabarse la perspectiva del ofendido a las prestaciones indemnizatorias del autor (vid., sin embargo, el § 459a I 2 StPO); por último, tampoco se puede asegurar que el delincuente pase a ser realmente la víctima patrimonial tal y como persigue la pena de multa[12].

De la investigación criminológica no se derivan datos realmente importantes acerca del **efecto preventivo-general y especial** de la pena de multa en comparación con la de prisión[13]. Ciertamente, puede comprobarse que el autor que es sancionado con una pena de multa es claramente menos reincidente que aquel

[11] De modo resumido vid. *Grebing*, Bundesrepublik Deutschland, en: *Jescheck/Grebing*, (edrs.), Die Geldstrafe págs. 43-46; *Kaiser*, Kriminologie § 116 núm. 45; *Mitsch*, JA 1993, págs. 304 ss.; *Schöch*, Gutachten C zum 59.º DJT págs. C 83 ss.

[12] Según la BGH 37, 226, el pago de una pena de multa ajena no es punible en virtud del § 258 II. Es indiferente, tal y como sostiene la sentencia (críticos, por ejemplo, *Dreher/Tröndle*, § 258 núm. 9; *Hillenkamp*, JR 1992, pág. 74; *Wodicka*, NStZ 1991, pág. 487), pues no cambia nada al respecto, que la pena de multa fundamente una obligación personalísima del condenado a la realización del pago; se equivoca por ello *Kapp*, NJW 1992, págs. 2799 ss., quien bajo ciertos requisitos admite incluso la pretensión de reintegro del autor frente a su empresa en virtud del § 670 BGB. El Derecho, sin embargo, no tiene ninguna posibilidad de garantizar que el autor compense su pérdida financiera a costa de terceros (por ejemplo, tratándose de familiares con derecho a manutención); sobre ello vid. *Eisenberg*, Kriminologie § 33 núms. 15 ss.; *Hillenkamp*, Lackner-Festschrift págs. 456-458; *LK (10.ª)(Tröndle)* nota preliminar núm. 58 antes del § 40; *Streng*, Sanktionen pág. 49.

[13] Una compilación de anteriores investigaciones puede encontrarse en *H.-J. Albrecht*, Legalbewährung págs. 28 ss.; vid., además, *Eisenberg*, Kriminologie § 41 núms. 8 ss., 14-16.

otro al que se le impone una pena de prisión o que, incluso, debe cumplir con ésta[14]; sin embargo, es muy difícil indagar en qué medida este resultado no está condicionado por el hecho de que principalmente la pena de prisión es impuesta a aquellos delincuentes en los que desde un principio existe un peligro alto de reincidencia. Los resultados obtenidos hasta el momento hablan con probabilidad a favor de una *hipótesis de intercambiabilidad*[15] según la cual —desde un punto de vista estadístico, esto es, que no sucede necesariamente en el caso concreto[16]— para la probabilidad de reincidencia es indiferente si al sujeto se le impone una pena de prisión o de multa.

II. El cálculo de la pena de multa según el sistema de días-multa

1. En la Reforma del Derecho penal acaecida en 1975 el legislador se decidió por el **sistema de días-multa** que con anterioridad ya había sido aplicado en Dinamarca, Finlandia y Suecia[17]. De acuerdo con este sistema la pena de multa es producto de un *número* de cuotas diarias a determinar de acuerdo con la culpabilidad del autor; en cambio, la *cuantía* de la cuota depende de los ingresos de los que éste dispone. El sistema de días-multa tiene una doble ventaja: hace *transparente* la fijación de la pena y crea una "*igualdad de sacrificio*" para autores con una capacidad económica diversa[18].

---

[14] Vid. la visión de conjunto ofrecida por *Streng*, Sanktionen pág. 114 (cuota de reincidencia en la pena de multa 25%; en la de prisión con suspensión condicional 42-55%; en la de prisión sin suspensión 70-79%).

[15] Véase sobre ello *H.-J. Albrecht*, Legalbewährung págs. 28, 227; *H.J. Albrecht/Dünkel/Spieß*, MschrKrim 1981, pág. 310; *Dölling*, ZStW 104 (1992) págs. 266 ss., 271 ss.; *Kaiser*, Kriminologie § 114 núm. 3; *NK (Villmow)* nota preliminar núms. 68-72 antes del § 38.

[16] En este sentido camina la justificada objeción de *Bock*, ZStW 102 (1990) págs. 526 ss.

[17] En torno a las experiencias en dichos países vid. *Ermgassen*, Skandinavien, en: *Jescheck/Grebing* (edrs.), Die Geldstrafe págs. 905-911. El sistema de días-multa también se ha impuesto en *Francia* (art. 131-5 Código penal; sobre el mismo vid. *Zieschang*, Sanktionensystem págs. 225-228) y en *Austria* (§ 19 österr. StGB) (también lo ha hecho en *España* a través del Código penal de 1995; vid. arts. 50 ss., de dicho texto [N del T]). Frente a ello, el § 49 AE había materializado la idea de la multa temporal que, aunque es verdad que también del patrimonio del autor, no debería ser impuesta como una suma fija sino como plazos que el autor debería satisfacer durante un determinado periodo de tiempo de forma ininterrumpida; vid. al respecto *Baumann*, JZ 1963, pág. 733.

[18] Vid. *LK (10.ª)(Tröndle)* nota preliminar núm. 12 antes del § 40; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 59 núms. 25 ss.; *Mitsch*, JA 1993, págs. 308 ss.; *SK (Horn)* § 40 núm. 1; *Streng*, Sanktionen pág. 50.

2. El *primer paso* para la determinación de la pena consiste en la fijación por parte del tribunal del **número de cuotas** a pagar de acuerdo con el criterio de la compensación por la culpabilidad y bajo la consideración de las repercusiones sociales que ello supone para el autor (§ 46 I). Aquí, al igual que en la pena de prisión, es difícil la adaptación de la sanción a la culpabilidad del delincuente; de ahí que no conduzca a nada la propuesta de que la multa se oriente al número de días de prisión que el hecho habría "merecido"[19]. Las condiciones económicas del autor sólo pueden influir (excepcionalmente) sobre la fijación del *número* de cuotas cuando aquéllas son relevantes para la medida de la culpabilidad por el hecho (por ejemplo, en un hurto cometido por necesidad); en el resto de los casos, tal y como se desprende del § 40 II 1, dichas condiciones económicas se tienen en cuenta exclusivamente para la determinación del *importe* de la cuota[20]. De acuerdo con los §§ 40 I 2, 54 II 1, pueden ser impuestas un mínimo de cinco y un máximo de trescientas sesenta cuotas (en la formación de una pena global esta última cifra se eleva hasta el límite de setecientas veinte). En la práctica, sin embargo, no se agota el margen máximo de dicho marco punitivo; la mayoría de las penas de multa de hasta treinta cuotas y sólo raras veces se imponen en una cuantía superior a noventa[21].

3. El *segundo paso* de la determinación de la pena de multa es la fijación de la **cuantía de la cuota** "teniendo en cuenta las condiciones personales y económicas del autor" (§ 40 II 1). Originalmente en el trámite legislativo fue proyectada la cuantificación de la cuota de acuerdo con lo que el autor podría *prescindir* atendidas sus obligaciones corrientes y sus necesidades de mantenimiento ("principio de privación"). Sin embargo, en el actual § 40 II 2 se dio preferencia a la adopción (más rigurosa) del *principio de los ingresos netos*[22]. De acuerdo con éste hay que

---

[19] Así, sin embargo, BGH 27, 70 (72); *Schönke/Schröder/Stree*, § 40 núm. 4 (refiriéndose a la cuantía que según el § 43 determina la entrada del arresto sustitutorio); *SK (Horn)* § 40 núm. 4a; en contra, *LK (10.ª)(Tröndle)* § 40 núms. 10-13, con la acertada argumentación de que los criterios de la pena de prisión y la de multa no son equiparables, a pesar del erróneo criterio de conversión (1:1) de carácter político-jurídico contenido en el § 43, inciso segundo.

[20] *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 224; *Grebing*, ZStW 88 (1976) pág. 1057; *Lackner*, § 40 núm. 5; *Schönke/Schröder/Stree*, § 40 núm. 4; *SK (Horn)* § 40 núm. 4.

[21] *Eisenberg*, Kriminologie § 33 núm. 3; *Schöch*, Gutachten C zum 59.º DJT p. C 26, C 123. En el año 1991 sólo un 3% de las multas impuestas superaron las 90 cuotas; *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung 1991, 1993, pág. 50.

[22] Se temió un fuerte descenso de los importes de las multas frente a la praxis anterior; vid. BT-Drucks. VII/1261 pág. 5. Críticos con el principio de los ingresos netos, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 606; *Jescheck*, Gallas-Festschrift pág. 43; *el mismo*, Lange-Festschrift pág. 378; *SK (Horn)* § 40 núm. 6; vid. también *Brandis*, Geldstrafe und Nettoeinkommen págs. 16 ss.

partir de la suma de lo que el autor gana en un día o de lo que podría ganar en función de acuerdo con la justa intervención de su capacidad de trabajo (acerca de los ingresos potenciales vid. BGH NJW 1993, 408 [409]; BayObLG NStZ 1988, pág. 499; OLG Frankfurt NJW 1988, pág. 2624). Además, junto con las ganancias derivadas de su trabajo por cuenta propia o ajena, hay que tener también en cuenta las prestaciones asistenciales y de manutención[23], rendimientos del capital, alquileres y rentas inmobiliarias; por otra parte, hay que deducir cargas tales como impuestos, cuotas a la Seguridad Social y primas de seguro asimilables, así como costes y pérdidas empresariales[24].

En distintos grupos de casos el cálculo del importe de la cuota suscita **problemas especiales**:

a) Con frecuencia el autor ha contraído **obligaciones de pago de carácter periódico** como, por ejemplo, a través de la adquisición de la propia vivienda o mediante la contratación de un crédito para la compra de bienes de consumo (automóvil, mobiliario, vacaciones). Tales obligaciones han de ser tenidas en cuenta en el marco punitivo cuando sean necesarias para posibilitar un modo adecuado de vida; en cambio, los gastos suntuarios no conducen a una minoración de la pena de multa[25]. De ahí que, por ejemplo, los pagos periódicos a una caja de

---

[23] Hay que atender a lo que *realmente* se paga y no a lo que en opinión del tribunal resulte como manutención "adecuada"; BayObLG NStZ 1988, pág. 499; *Krehl,* NStZ 1989, pág. 464; *Lackner,* § 40 núm. 11; *Schönke/Schröder/Stree,* § 40 núm. 14. En caso de que existan familiares que conviven con el autor y que están a su cargo pueden llevarse a cabo deducciones globales de los ingresos netos (por ejemplo, un 20% por el cónyuge, un 10% por cada hijo); Dre*her/Tröndle,* § 40 núms. 17 ss.; *LK (10.ª) (Tröndle)* § 40 núm. 46; *Schäfer,* Praxis núm. 65; *SK (Horn)* § 40 núm. 8; acerca de la Ordenanza sobre prestaciones alimentarias básicas y las corrientes directrices de los Tribunales Superiores como punto de partida vid. OLG Hamm NJW 1976, pág. 722; *Grebing,* ZStW 88 (1976) págs. 1074 ss.; *Lackner,* § 40 núm. 11; *Seib,* 13.º Deutscher Verkehrsgerichtstag págs. 113 ss.; 4.ª ed. pág. 703. El BGH atribuye la competencia para su cuantificación a los tribunales de instancia; BGH 27, 212 (215).

[24] El cálculo económico de los ingresos no se determina de acuerdo con criterios fiscales; *Schäfer,* Praxis núm. 61. El subsidio familiar y por vivienda no se computa como ingreso; Frank, MDR 1976, pág. 627; *Schönke/Schröder/Stree,* § 40 núm. 14; de otra opinión, OLG Düsseldorf NJW 1977, pág. 260; *Dreher/Tröndle,* § 40 núm. 7. Para más detalles vid. *LK (10.ª) (Tröndle)* § 40 núms. 22 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 59 núms. 50 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* § 40 núm. 9.

[25] *Dreher/Tröndle,* § 40 núm. 20; *Krehl,* NStZ 1989, pág. 465; *LK (10.ª)* § 40 núm. 49; *Schönke/Schröder/Stree,* § 40 núm. 14a; vid. también OLG Karlsruhe NStZ 1988, pág. 500; BayObLG NJW 1992, pág. 2583; en contra, sin embargo, de cualquier consideración hacia los gastos "de inversión" *Grebing,* ZStW 88 (1976) págs. 1078 ss.; manifiestan también sus reservas *Lackner,* § 40 núm. 11; *Schäfer,* Praxis núm. 64; *SK (Horn)* § 40 núm. 7.

ahorros para la vivienda puedan ser detraídos de los ingresos netos; por otra parte, sin embargo, al autor se le computa como ganancia el valor del alojamiento en su propia casa libre de alquiler[26]. Las obligaciones financieras que el propio autor ha contraído a través de su comportamiento antijurídico (por ejemplo, prestaciones indemnizatorias al ofendido, pago adicional de impuestos defraudados) no reducen sus ingresos netos (OLG Stuttgart NJW 1995, pág. 67)[27]; si a causa de la acumulación de la pena de multa y de sus obligaciones indemnizatorias el autor atraviesa dificultades que pueden perjudicar al ofendido, entonces, de acuerdo con lo dispuesto por el § 459a I 2 StPO, puede ser acordado un aplazamiento total o parcial de la pena de multa[28].

b) En sí mismo el legislador ha dispuesto un marco punitivo extremadamente amplio para la fijación del importe de la cuota: la cuantía mínima es de 2 DM y la máxima de 10.000 DM (§ 40 II 3)[29]. Sin embargo, su determinación presenta dificultades cuando el autor **no dispone de ingresos propios** sino que depende completamente de las prestaciones de terceros tal y como sucede, por ejemplo, con el cónyuge que lleva la casa o con los escolares y estudiantes que viven con los padres. Sus "ingresos" se determinan mediante el cálculo inverso de lo que se le podría retener a quien se ocupa de la manutención si fuera él mismo quien tuviese que pagar la multa, esto es, a través de porcentajes globales (por ejemplo, un 10 o un 20 %) sobre sus ingresos que es el método más sencillo[30]. Para los

---

[26] *LK (10.ª)(Tröndle)* § 40 núms. 36, 49; *Schönke/Schröder/Stree*, § 40 núm. 7.

[27] *Dreher/Tröndle*, § 40 núm. 20; *D. Meyer*, MDR 1976, pág. 278; de otra opinión, *Schönke/Schröder/Stree*, § 40 núm. 14a.

[28] Es dudoso que esta posibilidad sea suficiente para garantizar en todos los casos la preferencia de la reparación del daño; vid. la propuesta de mayor alcance formulada por *Meier*, ZRP 1991, pág. 68.

[29] Con la intención de posibilitar también una Justicia relativa frente a personas de ingresos elevados el legislador se ha excedido de su objetivo con la cuantía máxima (que se corresponde con unos ingresos netos anuales de 3,6 millones de DM): con la cuota máxima un delito de bagatela que se sancione con diez cuotas "cuesta" 100.000 DM. Por otra parte, la cuota mínima de 2 DM amenaza con poner en ridículo al Derecho penal. Aduciendo críticas legítimas en este punto *Grebing*, ZStW 88 (1976) págs. 1086 ss.; *Jescheck*, Lange-Festschrift pág. 378; *LK (10.ª)(Tröndle)* nota preliminar núms. 23-27 antes del § 40. En la práctica jurídica se opera generalmente con cuotas que oscilan entre los 10 y los 100 DM; vid. *Eisenberg*, Kriminologie § 33 núm. 7; *Schöch*, Gutachten C zum 59.º DJT págs. C 26 ss.

[30] Así, también *SK (Horn)* § 40 núm. 9. No puede basarse esquemáticamente sobre la *mitad* de los ingresos del cónyuge que trabaja (así, sin embargo, OLG Hamm MDR 1976, pág. 595); *Grebing*, JZ 1976, pág. 748; *LK (10.ª) (Tröndle)* § 40 núm. 29; *Schönke/Schröder/Stree*, § 40 núm. 11a. Otras propuestas para su cálculo pueden encontrarse por ejemplo en *Dreher/Tröndle*, § 40 núm. 9 ("manutención real"); Grebing, ZStW 88 (1976) págs. 1080 ss. (derecho hipotético de

estudiantes que viven fuera de casa a los que se les suministra la manutención en dinero el ingreso relevante es el importe que se les paga; ingresos adicionales tales como los procedentes de trabajos veraniegos sólo se tienen en cuenta en la medida en que se hayan percibido realmente, puesto que la plena dedicación al estudio de un estudiante no le puede ser imputada como omisión indebida de un trabajo en el sentido del § 40 II 2 (OLG Frankfurt NJW 1976, pág. 635; OLG Köln NJW 1976, pág. 636)[31].

c) Para personas con unos **ingresos muy pequeños** como, verbigracia, beneficiarios del auxilio social, peticionarios de asilo o presos, puede básicamente ser considerado como ingreso neto el importe real de su percepción dineraria[32]. Sin embargo, dado que una pena de multa con un elevado número de cuotas, calculada sobre esa base si de acuerdo con el § 40 II, menoscabaría con frecuencia el mínimo existencial, en estos casos la jurisprudencia tiende a no calcular esquemáticamente la pena de multa sino a hacerlo por lo bajo (vid. OLG Hamburg JR 1982, pág. 160; OLG Stuttgart StV 1993, pág. 364; OLG Köln StV 1993, pág. 365).

d) En relación con el **patrimonio** del autor la Ley suministra indicaciones contradictorias. Por un lado, el capital constitutivo de un patrimonio no está incluido dentro de los "*ingresos* netos" de los cuales hay que partir según el § 40 II 2 para la fijación de la cuota de la multa; por otro, el § 40 III indica expresamente que el tribunal puede evaluar "el patrimonio y otros elementos para la fijación de la cuota". De esto debe extraerse la conclusión de que, ciertamente, un patrimonio mobiliario o inmobiliario puede ser incluido, no por regla general, pero sí en casos excepcionales para la fijación de la cuota diaria; ello sucede, por ejemplo, cuando el autor posee pequeños ingresos corrientes pero dispone de importantes ahorros a los que puede recurrir en cualquier momento (en este sentido también OLG Celle NStZ 1983, con comentario crítico de *Schöch*; BayObLG NJW 1987, pág. 2029)[33]. De ahí que deban permanecer fuera de consideración las inversiones

---

alimentos); *Schall,* JuS 1977, pág. 312; resumidamente *Schaeffer,* Bemessung der Tagessatzhöhe, 1978.

[31] *Lackner,* § 40 núm. 9; *Schönke/Schröder/Stree,* § 40 núm. 11a; *SK (Horn)* § 40 núm. 10; de otra opinión *LK (10.ª) (Tröndle)* § 40 núm. 31; *D. Meyer,* MDR 1976, pág. 277; a favor de su decisión de acuerdo con el caso concreto, BGH NJW 1977, pág. 1459.

[32] *Dreher/Tröndle,* § 40 núm. 12.

[33] Asimismo, *Dreher/Tröndle,* § 40 núm. 22; *Lackner,* § 40 núm. 12; *Schönke/Schröder/Stree,* § 40 núm. 12; *SK (Horn)* § 40 núm. 11; *Streng,* Sanktionen pág. 51; para una propuesta concreta que tiene en cuenta el patrimonio vid. *Schaefer,* Bemessung der Tagessatzhöhe págs. 172-174; vid. también *Krehl,* NStZ 1988, pág. 62.

usuales de capital que, por ejemplo, están destinadas para un plan de pensiones o para el aseguramiento de familiares; mención especial merecen también aquí las inversiones destinadas a la propia vivienda, a una cuenta vivienda o a un seguro de vida[34].

4. En particular, ante la imposición de un gran número de cuotas el método de cálculo previsto en el § 40 puede conducir a un perjuicio financiero del autor fuertemente desproporcionado, puesto que a través del principio de los ingresos netos también se tiene en cuenta lo que aquél necesita para su manutención. Por ello se plantea la cuestión de si la suma global de la pena de multa puede ser **corregida en base a consideraciones de equidad**. A favor de ello habla, en primer lugar, que ya del tenor literal del § 40 II 1, 2, se deduce la concesión al tribunal de un cierto espacio de juego en la fijación de la cuantía de la cuota y, en segundo lugar, que según el § 46 I 2 la pena no debe poseer ningún efecto desocializador[35]. Por tanto, sería equivocado afrontar una ejecución mecánica de la multiplicación del número y cuantía de las cuotas diarias prevista en el § 40, pues ello provocaría un perjuicio importante para el autor. Con un criterio diverso se ha propuesto ya que, en caso necesario, se reduzca el *número* de cuotas en atención a una pena aceptable en cuanto al resultado[36]. El posicionamiento correcto, sin embargo, podría residir en la fijación del número de cuotas diarias de modo correspondiente a la culpabilidad por el hecho, pero aprovechar la gran flexibilidad del § 40 II en relación con la determinación del *importe* de la cuota para dar lugar a un resultado global adecuado (BGH 26, 325 [329-331])[37].

Ejemplo: Un artesano con buenos ingresos ha cometido una estafa que da lugar a perjuicios considerables; no resulta necesario que se le imponga una pena de prisión. Puede ser adecuada la imposición de una pena de multa de 120 cuotas. De acuerdo con los ingresos netos del autor se deriva un importe de 150 DM por cuota. Si la pena de multa así calculada, que supone un total de 18.000 DM, se muestra muy desproporcionada,

---

[34] *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 59 núm. 59.

[35] *Dreher/Tröndle*, § 40 núm. 19; *Lackner*, § 40 núm. 13; en contra, sin embargo, de un "reblandecimiento" del sistema de días-multa, *Grebing*, ZStW 88 (1976) págs. 1088-1092; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 59 núm. 37; *Vogler*, JR 1978, pág. 354.

[36] *Heghmanns*, NStZ 1994, págs. 521 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 59 núm. 38; en contra de una "consideración global" de esta naturaleza del importe de la multa *Lackner*, § 40 núm. 10; *SK (Horn)* § 40 núm. 14.

[37] *Horn*, JR 1977, pág. 99; *Lackner*, § 40 núm. 13; *LK (10.ª)(Tröndle)* nota preliminar núm. 61 antes del § 40, § 40 núms. 57 ss.; *Schäfer*, Praxis núm. 66; *SK (Horn)* § 40 núm. 13; *Schönke/Schröder/Stree*, § 40 núm. 8; *Streng*, Sanktionen pág. 52; *Tröndle*, JR 1977, pág. 385.

entonces, a la vista del progresivo incremento del perjuicio del autor, puede reducirse la cuantía de la cuota diaria a una medida aceptable (por ejemplo, a 100 DM).

5. El tribunal también puede comprobar los elementos relevantes para la fijación de la cuota diaria (ingresos, patrimonio) por medio de una **evaluación** de los mismos (§ 40 III). Dado que el acusado no está obligado a suministrar datos (fiables) acerca de su situación patrimonial y que la obtención de otras fuentes de información fidedignas (por ejemplo, informes bancarios)[38] se considera demasiado complicada en la rutina de los casos cotidianos, los tribunales recurren muy a menudo a la posibilidad de su evaluación[39]. Por medio de la investigación defectuosa de las verdaderas condiciones patrimoniales fracasa sin embargo uno de los objetivos esenciales del sistema de días-multa, a saber, la adaptación de la pena a la capacidad económica individual del condenado[40].

6. Básicamente, el autor debe satisfacer la pena de multa tan pronto como adquiera firmeza la sentencia por la que se le condena. Si, a causa de sus condiciones personales o económicas, ello no le es exigible se le pueden conceder no obstante algunas **facilidades de pago** (§ 42)[41]; puede, por tanto, abonar la pena de multa a plazos. La decisión acerca de tales facilidades debe adoptarla en la sentencia el tribunal que conoce del caso[42]. La autoridad ejecutiva competente

---

[38] El secreto fiscal tampoco se vulnera en su utilización para las necesidades indagatorias del proceso penal; vid. al respecto *Kohlmann*, Spendel-Festschrift pág. 257; *Wieczorek*, wistra 1987, pág. 173.

[39] En un principio se pensó en esta posibilidad sólo como *ultima ratio* ante la necesidad de pruebas (BT-Drucks. V/4095 pág. 21). Entretanto, sin embargo, se ha estimado generalmente inadmisible sin mayores requisitos; *Dreher/Tröndle*, § 40 núm. 26a; *Lackner*, § 40 núm. 17; *LK (10.ª)(Tröndle)* § 40 núms. 60 ss.; *SK (Horn)* § 40 núm. 15; *Streng*, Sanktionen págs. 52 ss.

[40] Acerca de la praxis de la comprobación de los ingresos vid. *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen págs. 78 ss., 204; propuestas de reforma en *Fleischer*, Strafzumessung págs. 255 ss.; *Grebing*, ZStW 88 (1976) págs. 1101-1104; *Schaeffer*, Tagessatzhöhe págs. 208 ss.

[41] Cuando concurren los requisitos del § 42 el condenado tiene *derecho* a la concesión de facilidades de pago; BGH *Detter* NStZ 1990, pág. 578; OLG Stuttgart StV 1993, pág. 475; *Dreher/Tröndle*, § 42 núm. 2; *Lackner*, § 42 núm. 3; *SK (Horn)* § 42 núm. 4. La praxis es completamente "favorable al pago aplazado"; *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen pág. 279. De este modo se intenta en la medida de lo posible evitar la aplicación del arresto sustitutorio; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 59 núm. 43. Para reos poco acaudalados la concesión de pagos aplazados puede suponer de facto la realización del "principio de privación", puesto que la víctima económica se limita a hacer frente a aquello de lo que el autor puede prescindir mensualmente; vid. *SK (Horn)* § 42 núm. 3.

[42] Para asegurar el pago puntual de los plazos el tribunal puede ordenar el vencimiento del

también puede *con posterioridad* acordar los pagos aplazados, especialmente si su no adopción supone un peligro para la realización de la pretensión indemnizatoria del ofendido (§ 459a I StPO). No es posible una suspensión condicional de la ejecución de la pena de multa; sin embargo, la amonestación con reserva de pena despliega un efecto similar (§ 59; vid. *infra* § 80).

III. Ejecución de la pena de multa

1. La ejecución de la pena de multa, como en general la de cualquier pena, es competencia de la Fiscalía (§ 451 StPO, § 4 I StVollstrO). En primer lugar, después de que la sentencia quede firme, el autor es requerido para el pago. Caso de que éste no tenga lugar, de acuerdo con el § 6 del Reglamento de ejecución judicial (RGBl. 1937 I pág. 298) y los §§ 8 ss. de la Orden sobre reclamaciones y ejecuciones judiciales (BAnz. 1974 núm. 230), se apremiará su patrimonio mobiliario e inmobiliario como si de una reclamación civil se tratara[43]. Un empeoramiento ulterior de la situación patrimonial del condenado puede ser tenida en consideración a través de la concesión de facilidades de pago (§ 459a I 1 StPO)[44].

2. Si la pena de multa no ha sido abonada voluntariamente ni cobrada por vía ejecutiva se aplica en su lugar un **arresto sustitutorio** (§ 43, inciso primero). Éste es una pena auténtica (sustitutiva), no un medio forzoso para conseguir el pago de la pena de multa[45]. Esto significa que con el cumplimiento de aquél esta última queda liquidada[46]. Tras una intimación previa la autoridad penitenciaria

importe global si el condenado no paga a tiempo un plazo (§ 42, inciso segundo); de este modo se evita la prolija revocación de las facilidades de pago (vid. § 459a III 1 StPO).

[43] Según la investigación empírica de *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen pág. 251, la ejecución forzosa no obtiene resultados en un 80% de los casos. Si desde un primer momento resulta previsible su fracaso, de acuerdo con el § 459c II StPO puede no tener lugar el intento de ejecución; vid. en detalle *Bringewat*, Strafvollstreckung, § 459c núms. 8-12. Profundizando en los problemas y deficiencias de la ejecución de la pena de multa *Janssen*, Die Praxis der Geldstrafenvollstreckung, 1994.

[44] Acerca de la cuestión de si esta posibilidad debería ser ampliada vid. *Schöch*, Gutachten C zum 59.º DJT págs. C 84 ss.

[45] En la práctica sucede con frecuencia (de acuerdo con la investigación desarrollada por *Feuerhelm*, Gemeinnützige Arbeit, pág. 69, ocurre en un 76% de los casos) que la pena de multa se abona tras la amenaza de aplicar el arresto sustiturio. En cierta medida, pues, el arresto sustitutorio también despliega íntegramente el efecto de un medio de presión. Sin embargo, ello también se debe a que no se intenta en absoluto una recaudación seria con carácter previo a la amenaza del arresto sustitutorio; *Feuerhelm*, págs. 71-73.

[46] Por otra parte, la ejecución del arresto sustitutorio no tiene lugar si (o hasta que) el autor paga la multa (§ 459e StPO). Dado que también se tienen en cuenta pagos parciales, también

ordena la ejecución de la pena de arresto si no pudo ser cobrada la pena de multa o cuando su realización ni siquiera fue intentada por la ausencia de expectativas de éxito (§ 459e II StPO). Básicamente, ello no depende de si el condenado es *responsable* de la incobrabilidad. No obstante, según el § 459e II StPO no hay que ejecutar el arresto si ello determina una "severidad poco equitativa" con el condenado[47]. La jurisprudencia interpreta este concepto de modo muy estricto: la severidad injusta o poco equitativa no concurre ante una insolvencia inculpable sino sólo, excepcionalmente, por el acaecimiento de circunstancias especiales (por ejemplo, una enfermedad prolongada del cónyuge, pérdida no provocada del puesto de trabajo) (BGH 27, 90 [93]; OLG Düsseldorf MDR 1983, pág. 341; 1985, pág. 76; OLG München GA 1984, pág. 185 [187])[48]. Sin embargo, a la vista del salto cualitativo que reside en el paso de la pena de multa a la de privación de libertad, la ejecución del arresto sustitutorio es ya injusto cuando si al autor no puede serle reprochada su insolvencia[49]; y ello porque debería sufrir un perjuicio punitivo adicional sólo a causa de su pobreza[50]. De acuerdo con el § 43, inciso segundo, cada cuota impagada se corresponde con un día de arresto. Tampoco esta regulación se adecua a la distinta importancia que posee la exacción del patrimonio en comparación con la privación de libertad; de ahí que sea preferible la regulación del Derecho austríaco (§ 19 III 2 österr. StGB), según la cual un día de arresto se corresponde con *dos* cuotas de multa[51]. De acuerdo con la opinión dominante el arresto sustitutorio no puede ser suspendido condicionalmente ni total ni parcialmente (vid. *infra* § 79 II 3).

---

la ejecución parcial del arresto sustitutorio puede reducirse al límite mínimo de un día (§ 43, inciso tercero); al respecto vid. *Bringewat*, Strafvollstreckung, § 459 e núm. 9; *Dreher/Tröndle*, § 43 núm. 5; *SK (Horn)* § 43 núm. 6.

47 La competencia para esta decisión es del tribunal (penal o penitenciario), no de la autoridad administrativa penitenciaria.

48 Igualmente, *Dreher/Tröndle*, § 43 núm. 10; *KK StPO (Fischer)* § 459f núm. 2; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 459f núm. 2; *Lackner*, § 43 núm. 3; *LK (10.ª) (Tröndle)* § 43 núm. 14; *Löwe/Rosenberg/Wendisch*, § 459f núm. 5; 4.ª ed. de esta obra pág. 707.

49 *Bringewat*, Strafvollstreckung, § 459f núm. 5; *KMR (Müller)* § 459f núm. 2; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 59 núm. 70; *Schönke/Schröder/Stree*, § 43 núm. 8; *von Selle*, NStZ 1990, págs. 119 ss.; *Streng*, Sanktionen pág. 54.

50 De ahí que existan quienes propugnan la completa desaparición del arresto sustitutorio, vid. *Gerken/Henningsen*, ZRP 1987, pág. 389; *Köhler*, GA 1987, pág. 161.

51 Críticos también con el Derecho vigente *Dreher/Tröndle*, § 43 núm. 4; *Grebing*, ZStW 88 (1976) pág. 1111; *Jescheck*, Lange-Festschrift pág. 379; *LK (10.ª) (Tröndle)* § 43 núms. 4 ss. *Schönke/Schröder/Stree*, § 40 núm. 4 y *SK (Horn)* § 43 núm. 2, sostienen que el problema se soluciona si en la fijación de la multa se parte ya de la cuantía del arresto que resulta adecuada a la culpabilidad del autor.

En la práctica, la pena de arresto sustitutorio no juega un papel despreciable: en el año 1987 un 6% de *todas* las penas de multa y un 13% de las "*incobrables*" fueron sustituidas por la privación subsidiaria de libertad[52].

3. Para atenuar la dureza que supone la intervención del arresto sustitutorio frente a deudores de la pena de multa carentes de patrimonio, el art. 293 EGStGB prevé el **"trabajo no remunerado"** como sustitutivo del arresto por el impago de la multa: si el condenado está de acuerdo en lugar de este último puede prestar trabajos en beneficio de la comunidad, liquidando así la multa pendiente. No obstante, los particulares de la posibilidad de sustituir una pena de multa a través de actividades de utilidad común como, por ejemplo, en instituciones de carácter social o en la protección del medio ambiente, no se encuentran reguladas unitariamente a nivel federal; el art. 293 I 3, II, EGStGB suministra simplemente determinados principios (el trabajo no debe ser retribuido y no puede estar dirigido a fines lucrativos; no da lugar ni a una relación laboral ni exige el deber de contratar un seguro social[53]) y confiere en lo demás a los gobiernos regionales la regulación del "trabajo no remunerado" (art. 293 I 1 EGStGB). Desde entonces casi todos los *Länder* han hecho uso de tal competencia. Con ello se ha evidenciado que en realidad la oferta de trabajos en beneficio de la comunidad sólo alcanza a una pequeña parte de la clientela del arresto sustitutorio que con frecuencia se encuentra desintegrada socialmente y que, no obstante, con una información, asistencia y organización suficiente pueden alcanzarse buenos resultados a través de los trabajadores sociales[54]. De acuerdo con ello los trabajos en beneficio de la comunidad han superado su "período de prueba" y, por tanto, han quedado eliminadas las dudas en torno a la constitucionalidad de unas obligaciones laborales de tal naturaleza (BVerfGE 77, 102; 83, 119)[55]; de todas formas, sería oportuno regular unitariamente las cuestiones jurídicas esenciales y, en especial, el modo

---

[52] Los datos pueden encontrarse en BT-Drucks. 12/3718 pág. 7, así como en *Feuerhelm*, Gemeinnützige Arbeit pág. 69.

[53] De ahí que a un condenado en situación de desempleo tenga derecho a percibir el correspondiente subsidio; vid. *Dölling* en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.) Die 13. Bundestagung pág. 372.

[54] Vid., sobre todo, *Feuerhelm*, Gemeinnützige Arbeit págs. 89 ss.; además, *H.-J. Albrecht/Schädler*, ZRP 1988, pág. 278; *Blau*, Hilde-Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 189; *Brughelli*, en: *Kunz* (ed.), Die Zukunft der Freiheitsstrafe pág. 1; *Dölling*, en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13. Bundestagung pág. 363; *Gerken/Henningsen*, ZRP 1987, pág. 386; *Jung*, Sanktionensysteme págs. 165-181; *Kerner/Kästner*, (edrs.) Gemeinnützige Arbeit págs. 161 ss. En el año 1989 más de 7000 personas han liquidado su pena de multa a través de trabajos en beneficio de la comunidad; BT-Drucks. 12/3718 pág. 8.

[55] Vid., no obstante, la crítica de *Köhler*, GA 1987, págs. 149 ss.

de conversión (en la mayoría de los *Länder* seis horas de trabajo equivalen a un día de privación de libertad[56])[57]. Una cuestión completamente diversa es la de si los trabajos en beneficio de la comunidad, tal y como sucede en algunos Ordenamientos jurídicos extranjeros[58], debe ser configurada como pena principal de carácter autónomo (al respecto vid. *infra* § 70 II 4).

IV. La pena patrimonial (§ 43a)

1. La pena patrimonial ("*Vermögenstrafe*"), introducida por el legislador en el año 1992, es una modalidad especial de la pena de multa. Sólo puede ser impuesta adicionalmente a la condena por más de dos años de prisión en determinados delitos; en cierto modo se asemeja a la pena de multa acumulativa prevista en el § 41. A diferencia de ésta, sin embargo, no se fija de acuerdo con el sistema de días-multa sino que puede —sin que el legislador dé mayores indicaciones para la determinación de su cuantía— comprender la *totalidad del patrimonio* del autor (§ 43a I 1). Para el caso de que esta pena no pueda cobrarse el tribunal tiene que determinar un arresto sustitutorio que oscila entre los dos meses y los dos años (§ 43a III).

2. **Requisito** para la condena a una pena patrimonial es, ante todo, que el autor haya cometido un delito cuyo tipo se remita expresamente al § 43a. Dado que el legislador considera la pena patrimonial como un arma para la lucha contra la criminalidad organizada (vid. BT-Drucks. 12/2720 pág. 41), tan sólo ha sido prevista para delitos que comúnmente son cometidos a través de grupos organizados, esto es, tráfico de drogas (§ 30c BtMG), falsificación de moneda (§ 150 I), tráfico de personas y prostitución (§ 181c), robo en cuadrilla (§§ 244 III, 244a III), receptación organizada (§§ 260 III, 260a III), blanqueo de capitales (§

[56] Una visión general puede encontrarse en *Feuerhelm*, Gemeinnützige Arbeit págs. 31-33.

[57] Vid. al respecto *Dölling*, en: *Deutsche, Bewährungshilfe* (ed.), Die 13. Bundestagung pág. 372; *Schöch*, Gutachten C zum 59.º DJT págs. C 86-C 88. Sin embargo, en 1986 el Gobierno Federal ha rechazado una regulación unitaria remitiéndose a las distintas condiciones del mercado laboral en los diferentes *Länder*; BT-Drucks. 10/5828 pág. 5.

[58] Vid. por ejemplo en *Inglaterra* la sections 6 (1), 11 Criminal Justice Act 1991; en *Francia* el art. 131-8 del Código penal; en *Holanda* el art. 22b Wetboek van Strafrecht; en relación con *Suiza* vid. el art. 22 del Anteproyecto de la Comisión de Expertos (trabajos en beneficio de la comunidad en lugar de la pena de multa con la aquiescencia del autor). Una visión de Derecho comparado puede encontrarse en *H.-J. Albrecht/Schädler* (edrs.), Community Service, 1986; *Jescheck*, en: *Jescheck* (ed.), Die Freiheitsstrafe Tomo III págs. 2124-2131; vid. también *Morris/Tonry*, Between Prision and Probation págs. 150-175.

261 VII 3) y establecimiento ilegal de juegos de azar (§ 285b I[59]). En todos los casos se presupone que el autor ha cometido el delito en calidad de miembro de una *banda*[60]. Además, se le debe haber impuesto una pena de prisión de, como mínimo, dos años y un mes de prisión (vid. § 39)[61]. También es aplicable el § 43a si el tipo que se remite a esta disposición concurre idealmente con otro delito (§ 52 IV 1)[62] o se da un concurso aparente de normas[63]. No puede ser superado el marco punitivo del tipo legal correspondiente a través de la acumulación de la pena de prisión y del arresto sustitutorio que amenaza con entrar en juego en el supuesto de incumplimiento de la pena patrimonial[64]. Además, la pena impuesta debe corresponderse *en su conjunto* con el injusto realizado culpablemente (BGH NJW 1995, pág. 1368). Dicha correspondencia se produce por medio de la práctica de una reducción de la (única) pena de prisión que verdaderamente merezca el autor y que se calcula mediante su "conversión" en una pena de multa[65]. Queda a *discrecionalidad* del tribunal proceder de este modo y hacer uso de la posibilidad de aplicar la pena patrimonial; además, debe orientarse de acuerdo con los principios generales de la determinación de la pena y, especialmente, a si el acceso al patrimonio del autor promete un efecto preventivo-especial favorable[66].

---

[59] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 286 I (N del T).

[60] Acerca de este concepto vid. *Mitsch*, JA 1994, págs. 427 ss.

[61] No se tiene en cuenta el tiempo que, según el § 51, se abona al cumplimiento de la pena por haber sufrido prisión provisional; *Lackner*, § 43a núm. 3.

[62] Sólo a través de esta regulación se explica la posibilidad mencionada expresamente por el § 43a I 1 de imponer una pena patrimonial junto a una cadena perpetua; y es que ninguno de los tipos que se remiten al § 43a prevén la aplicación de esta última pena.

[63] Profundizando en ello *Mitsch*, JA 1994, págs. 428 ss. Acerca del problema de la formación de la pena global en el supuesto de una pluralidad de hechos con un tipo penal que admite la pena patrimonial vid. el § 53 III y, al respecto, *Bringewat*, NStZ 1993, pág. 316.

[64] BT-Drucks. 11/5461 págs. 6 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 43a núm. 6; *Lackner*, § 43a núm. 6; *Lemke*, StV 1990, pág. 89. No se podría, por ejemplo, una pena de prisión de diez años *y* una pena patrimonial por un robo en cuadrilla tipificado en el § 244. Desde esta perspectiva es objetable la vinculación de la cadena perpetua con la pena patrimonial: si en este caso el autor no cumple con la pena patrimonial entonces debería, para el caso extremo, cumplir "la cadena perpetua y dos años" más. Evidentemente, el legislador sólo pensaba en la posibilidad de imponer la pena patrimonial en el caso en que se adoptara la suspensión condicional de una cadena perpetua (§ 57a); BT-Drucks. 11/5461 pág. 7. Crítico también *Eser*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 840.

[65] *Bringewat*, NStZ 1993, pág. 317; *Dreher/Tröndle*, § 43a núm. 6; *Lackner*, § 43a núm. 7; *SK (Horn)* § 43a núm. 7.

[66] (Sólo) en este marco es admisible la reflexión de que la privación o una disminución sustancial de la base financiera del autor impedirá posiblemente la continuación de su actividad delictiva durante o tras el cumplimiento de la pena de prisión.

3. La **determinación de la pena patrimonial** presenta dificultades debido a que la Ley deja sin resolver cuestiones esenciales. Esto sucede, en primer lugar, con la fijación de la *cuantía* de la pena: no existe un límite mínimo sino únicamente máximo ("el patrimonio del autor"); pero, sobre todo, dado que no es aplicable el sistema de días-multa[67], no queda claro de acuerdo con qué criterios debe el tribunal calcular la pena. A lo sumo podría ser practicable un apoyo cuidadoso sobre el § 40 II 1, 3, con lo que en lugar de los ingresos del autor habría de entrar en juego su patrimonio como criterio a tener en cuenta. Según ello, y de acuerdo con la cuantía de la pena de prisión a la que se equipara, la pena patrimonial podría ascender hasta los 7,2 millones DM (10.000 DM por 720 días)[68]. De este modo se resuelve también de un modo aproximado el segundo problema, esto es, la *fijación de la pena de arresto sustitutorio*, pues aunque su alcance viene determinado por el § 43a III entre un mes y dos años, en lo demás, sin embargo, lo deja en manos de la discrecionalidad del tribunal[69]. Si se calcula el importe de la pena patrimonial dividiéndose el caudal del autor en fracciones diarias (o en divisiones más específicas del patrimonio) y su resultado se pone en relación con la pena de prisión que el autor se ha "ahorrado", entonces es relativamente fácil la determinación del arresto sustitutorio: ése se corresponde con la pena de prisión que el autor habría cumplido adicionalmente de no haberle sido impuesta la pena patrimonial. Una dificultad práctica adicional reside en la comprobación de la *extensión del patrimonio* del condenado. En este aspecto el tribunal tiene que indagar sobre la totalidad de los valores monetarios y reales, así como de las reclamaciones que le corresponden al autor, y de ello deducir el pasivo con inclusión de los derechos de manutención ejercidos frente al autor[70]. Dado que en el ámbito de la "criminalidad organizada" ello solo sería posible llevarlo a cabo en pocas ocasiones, el § 43a I 3 permite una evaluación del patrimonio; sin embargo, también ésta debe descansar sobre una base que hasta cierto punto ha de ser sólida[71].

4. La pena patrimonial se **ejecuta** del mismo modo que cualquier otra pena de multa; dentro de los requisitos del § 42 también pueden concederse facilidades

---

[67] *Dreher/Tröndle*, § 43a núm. 6; *Lackner*, § 43a núm. 7.

[68] De modo similar *SK (Horn)* § 43a núm. 6; un procedimiento parecido (aunque sin un límite máximo fijo) propone también *Lackner*, § 43a núm. 7; a favor de una orientación hacia el § 7 StrEG (20 DM por día) *Mitsch*, JA 1994, pág. 430.

[69] Así, expresamente, BT-Drucks. 11/5461 pág. 6; vid. al respecto *Bringewat*, NStZ 1993, pág. 317; *Dreher/Tröndle*, § 43a núm. 12; *Schoreit*, MDR 1990, pág. 3.

[70] *SK (Horn)* § 43a núms. 8, 15.

[71] BT-Drucks. 11/5461 pág. 6; *Dreher/Tröndle*, § 43a núm. 8; *Lackner*, § 43a núm. 4.

de pago (§ 43a II). Si la pena patrimonial no es abonada o no se cobra por vía ejecutiva entonces entra en su lugar el arresto sustitutorio anteriormente determinado. En cambio, este último no puede ser compensado mediante "trabajos no retribuidos"[72].

5. Ya desde su introducción la pena patrimonial ha sido objeto de fuertes **críticas**; de modo diferenciado se ha afirmado también su *inconstitucionalidad*[73].

a) Un reproche se dirige a que, con ayuda de la pena patrimonial, el legislador pretende legalizar una *confiscación* inadmisible del patrimonio del autor o hacerlo sin la prueba de su obtención antijurídica[74]. En relación con ello es correcto que la creación de la pena patrimonial también responde al objetivo de privar al autor en el ámbito de la "criminalidad organizada" de la base material para la comisión de hechos delictivos adicionales[75]. Sin embargo, esta intención no se ha plasmado de un modo inmediato en la configuración de la sanción. La orientación del marco punitivo a la culpabilidad del autor queda intacta y el § 43a II 2 dispone expresamente que los componentes patrimoniales[76] cuyo comiso se decreta no son tenidos en cuenta para la fijación de la pena; de este modo se traza una clara línea separadora entre la pena y la privación de la ganancia de acuerdo con los §§ 73, 73a (vid. BGH NJW 1995, pág. 1368). También la afirmación de que el § 43a, como una auténtica intervención "estranguladora" sobre el patrimonio del condenado, infringiría el art. 14 GG[77], se apoya sobre una base débil puesto que en función de la situación patrimonial del autor también cualquier otra pena de

---

[72] El art. 293 EGStGB remite sólo al arresto sustitutorio según el § 43 pero no en virtud del § 43a III; *Mitsch*, JA 1994, pág. 431; *SK (Horn)* § 43a núm. 12.

[73] Mostrándose críticos, por ejemplo, *Arzt*, NStZ 1990, págs. 5 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 43a núm. 3; *Eser*, Stree-Wessels-Festschrift págs. 836-842; *Köhler/Beck*, JZ 1991, pág. 797; *Krey/Dierlamm*, JR 1992, págs. 356 ss.; *J. Meyer*, ZRP 1990, págs. 87 ss.; *Perron*, JZ 1993, pág. 918; *Strate*, StV 1992, pág. 32; *Weßlau*, StV 1991, págs. 233 235.

[74] Vid., por ejemplo, *Dreher/Tröndle*, § 43a núm. 3; *Eser*, Stree-Wessels-Festschrift págs. 837 ss.; *Krey/Dierlamm*, JR 1992, pág. 356; *Strate*, StV 1992, pág. 32; *Weßlau*, StV 1991, págs. 233 ss.

[75] Según lo expresado en el BT-Drucks. 11/5461 pág. 5, entre otras cosas la pena patrimonial debe dificultar "la creación futura de una nueva organización dirigida a obtener ganancias procedentes de la comisión de hechos delictivos". Para *Arzt*, NStZ 1990, pág. 5, el § 43a viene a ser expresivo "de la impaciencia y de la resignación frente a las consecuencias insatisfactorias de carácter político-criminal que trae consigo la presunción de inocencia".

[76] Con ello se alude sin embargo a los "elementos patrimoniales", es decir, a la voz "algo" en el sentido del § 73 I 1; se ha obviado la necesaria armonización gramatical entre el § 43a y el § 73 (vid. *Dreher/Tröndle*, § 43a núm. 9).

[77] *Eser*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 838; *Krey/Dierlamm*, JR 1992, pág. 356; *Weßlau*, StV 1991, pág. 234.

multa puede comprender la totalidad de los valores patrimoniales de que aquél dispone[78]. Por lo demás, en virtud ya del § 46 I 2 no pueden ser dictadas penas patrimoniales que supongan una "aniquilación" real de los bienes del condenado.

b) Objetable es, no obstante, la *indeterminación* de la disposición penal que ya ha sido puesta de relieve (vid. *supra* § 73 IV 3)[79]. Prescindiendo de la ausencia de criterios internos para la fijación de la pena en el caso concreto, es manifiesta ya por este mismo motivo la existencia de una vulneración del mandato de determinación prescrito por el art. 103 II GG; y ello porque la cuantía de la pena, en la medida en que sólo está limitada por el patrimonio del condenado, cae en el ámbito de lo inmensurable; con ello el § 43a se diferencia incluso de aquellas normas que, aunque van muy lejos, prevén no obstante un marco punitivo limitado[80].

c) Aún cuando a través de la combinación de los §§ 40 II 3, 43a III 2 el importe imaginable de la pena se limite a 7,2 millones DM (vid. *supra* § 73 IV 3), la institución de la pena patrimonial sigue siendo **político-criminalmente equivocada**. Ante todo, dicha sanción es *superflua* porque ya el § 41 prevé la posibilidad de combinar una pena de multa con una de prisión si ello es adecuado para influir preventivamente sobre el autor[81]; si el autor dispone de pocos ingresos pero posee un gran patrimonio ello también puede ser tenido en cuenta para la fijación de la cuota diaria en el marco de los §§ 40 II, 41 (vid. *supra* § 73 II 3d). Asimismo, el § 43 podría presentarse frente al círculo de posibles autores como algo *inútil* pues precisamente dentro de las organizaciones criminales es muy fácil de ocultar la pertenencia de elementos patrimoniales; además, dado que la pérdida patrimonial se encuentra adecuadamente relacionada con un arresto sustitutorio de, como máximo, dos años de duración, no podría desplegar un efecto intimidatorio especialmente intenso frente al maquinador propio de la "criminalidad organizada"[82]. Finalmente, la regulación es *contraproducente* porque en definitiva comporta una atenuación de la pena para delincuentes acaudalados: quien carece de patrimonio debe cumplir la totalidad de una pena de prisión adecuada a su

---

[78] Rechazando también una posible violación del art. 14 GG, BGH NJW 1995, pág. 1369; *Mitsch,* JA 1994, págs. 430 ss.; *von Selle,* wistra 1995, pág. 161; *SK (Horn)* § 43a núm. 8.

[79] *Arzt,* NStZ 1990, págs. 5 ss.; *Bringewat,* NStZ 1993, pág. 317; *Dreher/Tröndle,* § 43 a núm. 3; *Eser,* Stree-Wessels-Festschrift pág. 841.

[80] De otra opinión *SK (Horn)* § 43a núm. 9.

[81] *J. Meyer,* ZRP 1990, págs. 88; de otra opinión *Perron,* JZ 1993, págs. 923 ss.

[82] Vid. al respecto *H.-J. Albrecht,* en: *J. Meyer/Dessecker/Smettan* (edrs.), Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten pág. 33; *Dessecker,* Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis págs. 120 ss.; *Kaiser,* Tröndle-Festschrift pág. 685; *Perron,* JZ 1993, págs. 920-923.

culpabilidad y quien, por el contrario, sí lo posee puede "comprar" una parte de la privación de libertad mediante la pena patrimonial[83]. Si ya este aspecto puede ser objetable desde el punto de vista del principio de igualdad, a ello se añade como disparidad irracional que la posibilidad de sacrificar una parte del patrimonio a cambio de libertad beneficia exclusivamente a delincuentes especialmente peligrosos como son los miembros integrantes de bandas criminales.

Con la introducción de la pena patrimonial el legislador ha perseguido tanto la privación al autor de los bienes adquiridos fraudulentamente como la creación simultánea de una pena eficaz; ha querido matar dos pájaros de un tiro y finalmente ha fracasado en ambos objetivos. De ahí la necesidad de que esta desafortunada institución jurídica deba ser **derogada**.

V. La pena de multa en Derecho extranjero[84]

El sistema de días-multa es de origen escandinavo. Rige en *Dinamarca* (§§ 50 ss. dän. StGB), *Finlandia* (§§ finn. StGB) y *Suecia* (capág. 5 schwed. StGB), pero no en *Noruega*. También en *Austria* (§ 19 österr. StGB) la multa se determina por cuotas diarias desde el año 1975; en este último país, sin embargo, rige el principio de privación y la regla de conversión en arresto sustitutorio es más favorable dado que dos cuotas de multa equivalen a un día de arresto (§ 19 III österr. StGB)[85]; no obstante, hasta el momento no han sido allí introducidos los trabajos en beneficio de la comunidad[86]. En *Suiza* en la práctica jurídica la pena de multa cede su protagonismo a la de prisión[87]; hasta el momento en este país sigue vigente el sistema tradicional de una cantidad global de dinero (art. 48 schweiz. StGB)[88]. Para su conversión en arresto 30 francos suizos equivalen a un día de prisión; no obstante, la responsabilidad subsidiaria por el impago de la multa no puede sobrepasar los tres meses (art. 49 III schweiz. StGB). Es posible su sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 I 2 schweiz. StGB), pero apenas tiene lugar

---

[83] Criticando también este aspecto J. *Meyer,* ZRP 1990, pág. 88 und *Mitsch,* JA 1994, págs. 432 ss.

[84] Profundizando en esta materia *Jescheck/Grebing* (edrs.), Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht, 1978; además, *Jescheck,* Würtenberger-Festschrift pág. 257. Suministrando una perspectiva de Derecho comparado en torno a la pena patrimonial *J. Meyer/Dessecker/Smettan* (edrs.), Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, 1989.

[85] Vid. *Burgstaller,* ZStW 94 (1982) pág. 727; *Driendl,* Die Reform der Geldstrafe in Österreich, 1978; *Jescheck,* Lange-Festschrift págs. 378 ss.; *Tröndle,* ÖJZ 1975, pág. 589.

[86] Vid. al respecto las ponencias de *Obendorf* y *Zipf,* en: Verhandlungen des 10. ÖJT 1988, Abteilung Strafrecht págs. 63 ss., 87-98.

[87] Vid. las indicaciones de *Beckmann,* en: *Jescheck/Grebing* (edrs.), Die Geldstrafe pág. 846; *Hüsler/Locher,* Kurze Freiheitsstrafen págs. 10 ss.

[88] Crítico al respecto *Stratenwerth,* Schweiz. Strafrecht Allg. Teil II págs. 176 ss.

en la práctica[89]. En el Proyecto de la Comisión de Expertos está prevista la adaptación de la sanción pecuniaria al sistema de días-multa.

El Derecho *francés* conoce tanto la pena de multa tradicional (amende) como también la que se fracciona en cuotas diarias (jour-amende)[90]. La primera se impone como pena principal en delitos menos graves y faltas, así como pena adicional en delitos graves (arts. 131-2, 131-3, 131-12 del Código penal). Su límite superior se determina a través del tipo delictivo correspondiente; en las faltas, por el contrario, aquél alcanza la cifra de 10.000 francos (20.000 en caso de reincidencia). Para la fijación de la pena de multa tradicional también se atiende al patrimonio y a las obligaciones del autor (art. 132-24). Las mismas consideraciones ha de realizar el tribunal para la determinación de la cuota a la hora de imponer una sanción pecuniaria a través del sistema de días-multa; el número de cuotas en la "jour-amande" (un máximo de 360) está en función de la gravedad del hecho (art. 131-5 del Código penal). En la cuantificación del arresto sustitutorio un día de prisión equivale a dos cuotas de multa impagadas (art. 131-25 del Código penal). Los trabajos en beneficio de la comunidad poseen una duración de entre 40 y 240 horas y están previstos como pena autónoma en los delitos menos graves y como sustitutiva de la prisión en los graves; esta pena no puede ser combinada con la de multa (arts. 131-8, 131-9 IV del Código penal). En *Italia* la pena de multa se recoge como sustitutiva de la pena corta de prisión (de hasta tres meses)[91] y aquélla se fija mediante una suma global. No obstante, se deben tener en cuenta las condiciones económicas del autor para su determinación; estas últimas pueden conducir a una triplicación de su límite legal máximo o a una reducción de la cuantía de la multa a un tercio del límite mínimo (art. 133 *bis* del Código penal italiano). Dado que en este país el Tribunal Constitucional ha declarado contrario a la norma fundamental el arresto sustitutorio en caso de insolvencia del autor, actualmente se prevén como sanciones alternativas la libertad vigilada o los trabajos en beneficio de la comunidad (arts. 102, 105 de la Ley 689/1981[92]) [93]. De acuerdo con las propuestas de la "Comisión Pagliaro" (1992) para la reforma del Derecho penal la pena de multa, con un ámbito de aplicación más extenso, debe pasar a ocupar la misma posición que la pena de prisión[94]. El Código penal *español* prescribe en su art. 63 la necesidad de contar con la capacidad económica del autor y admite en el art. 90 II los pagos aplazados[95]. La Propuesta de Anteproyecto de 1983 (arts. 45 ss.) quiso

[89] *Trechsel*, Schweiz. StGB, art. 49 núm. 3.

[90] Vid. al respecto *Zieschang*, Sanktionensystem págs. 224-232.

[91] Vid. *Dolcini/Paliero*, ZStW 102 (1990) pág. 232.

[92] La Ley de 24.11.1981 aparece recogida en *Conso/Barbalindo*, Codice penale págs. 697 ss.

[93] *Romano/Grasso*, Commentario art. 136 núms. 1-9; *Stile*, ZStW 96 (1984) págs. 178-186.

[94] *Mezzetti*, ZStW 105 (1993) pág. 635; *Schiavi*, Rivista italiana di diritto e procedura penale 1989, pág. 722.

[95] Vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez*, Derecho penal págs. 922 ss.

implantar la multa temporal; el Proyecto de 1994 acoge el sistema de días-multa[96]. En *Portugal* (art. 46 C.p.) se ha acogido ya el sistema de días-multa. En *Holanda* la pena de multa, en comparación con la pena corta de prisión, juega todavía un papel limitado[97]. Sin embargo, a través de la Ley sobre sanciones patrimoniales de 1983 la pena de multa fue situada en el punto central del sistema de sanciones; su aplicación puede verificarse en sustitución de la pena de prisión en todos los delitos. Su fijación tiene lugar a través de una suma global y puede alcanzar el millón de florines holandeses (art. 23 niederl. StGB). En *Bélgica* la multa sólo puede ser impuesta como pena única en delitos menos graves y faltas; tratándose de delitos graves se prevé como pena accesoria[98]. El arresto sustitutorio es determinado por el tribunal y, en caso de delitos menos graves, no puede sobrepasar los tres meses (art. 40 I belg. StGB).

En *Inglaterra* la pena de multa puede ser impuesta en todos los delitos (con exclusión del asesinato), bien como pena única o bien como pena adicional (secc. 30 Powers of Criminal Courts Act 1973)[99]. Se fija a través de una suma global en función de la gravedad del hecho y teniendo en cuenta las condiciones económicas del autor (secc. 18 Criminal Justice Act 1991). En el año 1991

[96] Tal y como fue adelantado anteriormente (vid. *supra* § 72 V, nota a pie núm. 57) el Código penal español de 1995 acoge el sistema escandinavo de *días-multa* (art. 50.2) aunque permanece la posibilidad de imponer multas *proporcionales* allí donde el legislador lo disponga expresamente y cuya fijación, por lo demás, atiende "al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo" (art. 52). La extensión de la pena de multa de acuerdo con el sistema de cuotas va de cinco días hasta los dos años, aunque este límite máximo no rige si se impone como pena sustitutiva (art. 50.3). El importe de la cuota oscila entre las doscientas pesetas y las cincuenta mil, debiendo atender los tribunales exclusivamente para su fijación a "la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo" (art. 50.5). No obstante, si tras la sentencia empeoran las condiciones económicas del condenado se permite excepcionalmente una reducción del importe de las cuotas (art. 51). Se mantiene, asimismo, la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa (art. 53) cuyo módulo de conversión es más beneficioso que el alemán al fijarse en un día de prisión por cada dos cuotas impagadas y cuyo cumplimiento, además, podrá tener lugar por medio de arrestos de fin de semana. Previa conformidad del penado el juez también puede acordar la ejecución de la pena sustitutiva por medio de trabajos en beneficio de la comunidad; para este caso cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo (art. 53.1). Finalmente, se impone un límite genérico para la responsabilidad subsidiaria por impago para los reos condenados a penas de prisión superiores a cuatro años y se establece, lógicamente, que el cumplimiento de la pena sustitutiva extingue la obligación de pago de la multa (art. 50.3 y 4) (N del T).

[97] *Sagel-Grande*, MschrKrim 1989, págs. 257 ss.

[98] *Hennau/Verhaegen*, Droit pénal général núms. 434 ss.; *Dupont/Verstraeten*, Handboek núms. 654 ss.

[99] Una visión general puede encontrarse en *Archbold*, Criminal Pleading § 5 núms. 437 ss.

fue introducido el sistema de días-multa, pero por dificultades en su aplicación práctica fue abandonado dos años más tarde[100]. Para la Corte de Magistrados la Ley sobre delitos leves formula una "standard scale of fines" (secc. 37 Criminal Justice Act 1982); por lo demás, la cuantía de la pena de multa es ilimitada. En correspondencia con esto último el arresto sustitutorio puede alcanzar hasta los diez años de duración (secc. 31 [3A] Powers of Criminal Courts Act 1973). En los EE. UU. la pena de multa, incluso para el castigo de delitos relativamente leves, juega tan solo un papel subordinado[101]. Muchos Códigos penales de distintos Estados norteamericanos han asumido la posición del Código penal modelo de 1962, según el cual en los delitos graves la pena de multa sólo puede intervenir como medio para la privación de los beneficios ilegales y no como sanción única (secc. 7.02 MPC). El importe de la pena de multa también debe orientarse en función de la capacidad de pago del autor (vid. secc. 7.02 [3] MPC). De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal la ejecución de un arresto sustitutorio es inadmisible si el autor no puede pagar la multa y no es culpable de un insolvencia[102]. En Derecho *brasileño* (art. 49 C.p.) se ha puesto ya en práctica el sistema de días-multa[103].

§ 74 La prohibición de conducir

Cramer, Die Austauschbarkeit der Entziehung der Fahrerlaubnis gegen ein Fahrverbot, NJW 1968, pág. 1764; *Himmelreich/Hentschel*, Fahrverbot — Führerscheinentzug, Tomo I, 7.ª ed. 1992; *Kulemeier*, Fahrverbot (§ 44 StGB) und Entzug der Fahrerlaubnis (§§ 69 ss. StGB), 1991; *el mismo*, Fahrverbot und Fahrerlaubnisentzug — Sanktionen zur Bekämpfung allgemeiner Kriminalität? NZV 1993, pág. 212; *Müller-Metz*, Zur Reform von Vergehenstatbeständen und Rechtsfolgen im Bereich der Verkehrsdelikte, NZV 1994, pág. 89; *Scheffler*, Fahrverbot und Ordnungswidrigkeitenrecht, NZV 1995, pág. 176.

1. El Derecho vigente prevé como única **pena accesoria** la imposición de la **prohibición de conducir** (§ 44). Esta pena consiste en que al condenado le está vedada la conducción de vehículos en el tráfico viario por un periodo de entre uno

[100] Sobre ello vid. *Ashworth*, ZStW 106 (1994) págs. 610-612.

[101] Profundizando críticamente *Morris/Tonry*, Between Prison and Probation págs. 111-149 (quienes recomiendan la introducción del sistema de días-multa).

[102] Tate v. Short, 401 U.S. 395 (1971).

[103] Vid. *Fragoso Liçoes*, págs. 328 ss.; *de Jesus*, Comentários, art. 49 comentario núm. 1; *da Costa j.r.*, Comentários, art. 49 comentario 2c.

y tres meses. Por medio de esta sanción el conductor de un vehículo responsable de la comisión de una infracción grave de tráfico recibe una "lección ejemplar" por su conducta; ante todo la pena debe desplegar un efecto preventivo-especial para que en un futuro el autor observe las normas del tráfico viario. La misma idea vinculada a la existencia de un enérgico "llamamiento a cumplir con el deber" por medio de la imposición de la sanción es también característica del Derecho administrativo sancionador; de ahí que no pueda sorprender el hecho de que la prohibición de conducir se aplique también frente a conductores que han infringido sus deberes de forma "grave y persistente" (§ 25 I 1 StVG). No obstante, con ello se da lugar al resultado poco frecuente de que una misma consecuencia jurídica sea concebida por un lado como pena criminal (§ 44) y, por otro, como "consecuencia accesoria" sin carácter punitivo[1] (acerca de la constitucionalidad de esta regulación vid. BVerfGE 27, 36 [41-44])[2].

2. Hay que **diferenciar** la prohibición de conducir de la medida de seguridad consistente en la *privación del permiso de conducir* (§ 69; al respecto vid. *infra* § 78 II). Ciertamente, ambas sanciones tienen como consecuencia que el condenado no puede tomar parte como conductor en el tráfico rodado pero, por lo demás, se diferencian claramente en relación con su naturaleza jurídica y sus requisitos: la prohibición de conducir, como pena accesoria que es, presupone la condena por la comisión culpable de un delito así como la imposición de una pena principal por ello; su objetivo es desarrollar un influjo pedagógico sobre quien es un conductor *capacitado* para tomar parte en la circulación vial, por medio de la suspensión del permiso de conducir durante un corto espacio de tiempo al que aparece ligada una advertencia ante infracciones adicionales en materia de tráfico[3]. Frente a ello, la privación del permiso de conducir en virtud del § 69 se dirige a la exclusión durante un largo periodo de tiempo de personas que han demostrado su *deficiente aptitud* para el tráfico de vehículos, y cuya finalidad es contrarrestar el peligro para la colectividad que ello supone; de ahí que un motivo para la imposición de esta

---

[1] *Himmelreich/Hentschel*, Fahrverbot Tomo I pág. 170, con referencias adicionales.

[2] Críticamente, *Scheffler*, NZV 1995, pág. 176.

[3] De ahí que el punto de vista relativo a la intimidación de terceros carezca de un significado autónomo en la imposición de la pena de prohibición de conducir; vid. *LK (11.ª)(Geppert)* § 44 núm. 2; *NK (Herzog)* § 44 núm. 6; de otra opinión, *Schönke/Schröder/Stree*, § 44 núm. 1. Dado que con el transcurso de un largo intervalo de tiempo entre el hecho y la sanción disminuye considerablemente el efecto pedagógico de la prohibición de conducir, no puede ser impuesta por regla general después de haber transcurrido varios años desde la perpetración del hecho; vid. OLG Düsseldorf StV 1993, 310 (311).

medida puede también ser la comisión de un hecho antijurídico en situación de incapacidad de culpabilidad[4].

3. **Requisito** para la imposición de la prohibición de conducir es la comisión de un delito con ocasión de la conducción de un vehículo, relacionado con ésta o cuando tiene lugar con infracción de los deberes que atañen al conductor del mismo. Al igual que sucede con la medida contenida en el § 69 la jurisprudencia interpreta estos requisitos de forma muy amplia[5]. Esto sucede especialmente para el caso de la "relación" con la conducción de un vehículo que se estima concurrente, por ejemplo, cuando el autor utiliza el automóvil para el transporte del botín después del robo (BGH 10, 333 [336]), para contribuir al engaño sobre su solvencia crediticia (BGH 5, 179 [181 ss.]; 17, 218) o cuando un conductor propina a otro un puñetazo en una discusión por su forma de conducir (BayObLG NJW 1959, pág. 2126). También el hecho de prestar el vehículo a quien se encuentra incapacitado para ello constituye una posible base para la prohibición de conducir; de acuerdo con la jurisprudencia, pues, el autor no necesita haber conducido por sí mismo el vehículo (BGH 10, 133; 15, 316 [318]). En muchos de estos casos, sin embargo, la imposición de la prohibición no está justificada pues el autor no ha menoscabado la seguridad del tráfico y, *en este punto*, no requiere ninguna advertencia sobre cuál es su deber[6]. El § 44 —de forma diversa al § 25 I StVG— no prescribe exigencias especiales sobre la gravedad del delito de tráfico. No obstante, sería desproporcionado y, en consecuencia, inadmisible, que se impusiera la prohibición de conducir ante una infracción imprudente de carácter leve de las normas de tráfico, aún cuando ésta haya dado lugar a unas lesiones corporales (§ 230)[7].

4. Aún cuando se han cumplido los requisitos del § 44 I la imposición de la prohibición de conducir queda a **discrecionalidad** del tribunal. De acuerdo con las reglas generales de la determinación de la pena (vid. § 46) hay que verificar si, a la vista de la gravedad del injusto culpablemente realizado, la combinación de las penas de prisión, multa y prohibición de conducir es *necesaria* como respuesta

[4] Acerca de la relación entre la prohibición de conducir y la retirada del permiso para ello vid. *LK (11.ª)(Geppert)* § 44 núms. 16-18; vid. también *Cramer*, NJW 1968, pág. 1764.

[5] Referencias en *Dreher/Tröndle*, § 44 núm. 6; *Kulemeier*, Fahrverbot págs. 187-192; *NK (Herzog)* § 44 núms. 15 ss.

[6] Críticamente también en torno a la excesiva extensión del ámbito de aplicación del § 44, *Kulemeier*, NZV 1993, págs. 214 ss.; *Lackner*, § 44 núm. 3; *NK (Herzog)* § 44 núm. 17.

[7] Asimismo, *Himmelreich/Hentschel*, Fahrverbot Tomo I pág. 146; *LK (11.ª)(Geppert)* § 44 núm. 7; *NK (Herzog)* § 44 núm. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, § 44 núm. 6; de otra opinión, *Dreher/Tröndle*, § 44 núm. 2; *SK (Horn)* § 44 núm. 5.

al hecho perpetrado (BGH 29, 58 [60 ss.]). En este contexto también el perjuicio individual que se ocasiona al autor a través de dicha prohibición desempeña su propio papel: y así, la prohibición de conducir durante tres meses puede mostrarse como una sanción adecuada para quien sólo conduce durante su tiempo libre; en cambio, podría tener efectos devastadores para un conductor profesional por lo que no podría ser impuesta frente a este último (vid. OLG Celle VRS 62, 38 [39]); en su lugar sería adecuado elevar la pena de prisión o de multa[8]. La discrecionalidad en la determinación de la pena que permite el § 44 I 2 es sin embargo restringida cuando el autor es culpable de un delito menos grave de conducción ebria (§§ 315c I núm. 1a, III ó 316). En este caso debe imponerse o la privación del permiso de conducir o la prohibición misma de la conducción, en la medida en que no lo impida la presencia de circunstancias especiales[9].

5. La prohibición de conducir trae por **consecuencia** que el condenado no pueda hacer uso de su permiso de conducir durante el periodo determinado en la sentencia; si a pesar de ello lo hace, será castigado según lo dispuesto por el § 21 StVG. El permiso de conducir del condenado es objeto de depósito oficial durante la duración de la prohibición (§ 44 III 2). Esta última es eficaz desde que adquiere firmeza la sentencia o es eficaz el mandamiento judicial (vid. § 407 II 1 núm. 1 StPO). No obstante, el comienzo del cómputo del plazo sólo tiene lugar a partir del depósito oficial del permiso de conducir (§ 44 IV 1); además, no se tiene en cuenta el periodo en el que el autor ha estado privado de libertad (§ 44 IV 2) pues durante el mismo la prohibición de conducir carece de contenido[10].

Si durante el proceso penal el autor fue privado provisionalmente del permiso de conducir en virtud del § 111a StPO, entonces el tiempo transcurrido sin el mismo se abona por completo a la duración de la prohibición de conducir. Esto conduce con frecuencia a que cuando se dicta la sentencia los tres meses de duración máxima de la

---

[8] Vid. al respecto *LK (11.ª)(Geppert)* § 44 núms. 27-29; *NK (Herzog)* § 44 núm. 28a; *Schönke/Schröder/Stree*, § 44 núm. 15; *SK (Horn)* § 44 núm. 7.

[9] A través de esta regulación ha de conseguirse que el conductor alcoholizado que comete un delito previsto en el § 315c o en el § 316, no sea tratado más favorablemente que aquel que tan sólo es responsable de una infracción administrativa prevista en el § 24a StVG; también para este último se impone "por regla general" una prohibición de conducir en virtud del § 25 I 2 StVG. En torno a posibles casos excepcionales vid. *LK (11.ª)(Geppert)* § 44 núms. 38-40.

[10] De acuerdo con la opinión mayoritaria también deben ser computado el tiempo que el condenado ha disfrutado de permisos penitenciarios, así como el ha estado en régimen abierto; OLG Stuttgart NStZ 1983, pág. 429; *LK (11.ª)(Geppert)* § 44 núm. 62; *SK (Horn)* § 44 núm. 14. Esta postura es incorrecta puesto que la suspensión del permiso de conducir durante tales periodos temporales comporta un notable perjuicio para el autor; acertadamente *NK (Herzog)* § 44 núm. 42.

prohibición de conducir ya han sido efectivos. A pesar de esto último en tales casos la prohibición debe también aparecer en el tenor de la sentencia para la completa inscripción —al menos en el registro federal de penados y rebeldes— de la sanción impuesta (BGH 29, 58)[11].

6. La **praxis** hace un uso muy frecuente de la prohibición de conducir: en el año 1991 fue impuesta en más de 33.000 casos[12]; a ello se añade una cifra una cifra sustancialmente mayor de prohibiciones de conducir dictadas según lo dispuesto en el § 25 StVG[13]. Sin embargo, en Derecho penal el ámbito de aplicación del § 44 está limitado a infracciones de una gravedad relativa; en delitos graves la práctica se inclina por la privación del permiso de conducir, pues con ésta se intenta conseguir una protección más eficaz de la colectividad. Para colmar las lagunas existentes entre la duración máxima de la prohibición de conducir (tres meses) y la mínima de la privación del permiso para ello (seis meses) se ha propuesto repetidamente elevar la duración de la prohibición de conducir hasta un año[14].

§ 75 Las consecuencias accesorias

Jekewitz, Der Ausschluß vom aktiven und passiven Wahlrecht usw., GA 1977, pág. 161; *Nelles,* Statusfolgen als "Nebenfolgen" einer Straftat, JZ 1991, pág. 17; *Palandt,* Bürgerliches Gesetzbuch, 54.ª ed., 1995; *Schöch,* Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C zum 59. DJT, 1992; *Schomburg,* Die öffentliche Bekanntmachung einer strafrechtlichen Verurteilung, ZRP 1986, pág. 65; *Schwarz,* Die strafgerichtliche Aberkennung der Amtsfähigkeit und des Wahlrechts, 1991; *Sturm,* Die Strafrechtsreform, JZ 1970, pág. 81.

Junto a las penas el StGB prevé consecuencias jurídicas adicionales que difícilmente pueden ser clasificadas en un sistema sancionador de doble vía, motivo

[11] *Dreher/Tröndle,* § 44 núm. 3; *Lackner,* § 44 núm. 7; *LK (11.ª)(Geppert)* § 44 núms. 35 ss. No obstante, a favor de la posibilidad de prescindir en estos casos de la imposición de la prohibición de conducir, *Himmelreich/Hentschel,* Fahrverbot Tomo I págs. 148 ss.; *NK (Herzog)* § 44 núm. 33; *Schönke/Schröder/Stree,* § 44 núm. 15.

[12] *Statistisches Bundesamt,* Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung 1991, 1993, pág. 68. No obstante, la privación del permiso de conducir sobre la base del § 69 fue impuesta con una frecuencia superior al quíntuple de la cifra mencionada (vid. *supra* § 5 II).

[13] Vid. al respecto las indicaciones suministradas por *NK (Herzog)* § 44 núm. 3.

[14] Vid., por ejemplo, *Kulemeier,* Fahrverbot págs. 336 ss.; *Müller-Metz,* NZV 1994, págs. 95 ss.; Resolución del 59.º Deutschen Juristentages, en: Sitzungsbericht O zum 59.º DJT 1992 p. O 189.

por el cual son designadas neutralmente a través del concepto de "consecuencias accesorias". Se trata, por un lado, de la pérdida de la capacidad para ser funcionario y del derecho de sufragio tanto activo como pasivo (§§ 45-45b); por otro, de la facultad prevista por algunos tipos de la Parte especial para la publicación de la sentencia (§§ 103 II, 165, 200). De la incierta naturaleza jurídica de estas sanciones se derivan algunos problemas en su aplicación.

I. Pérdida de la capacidad para ser funcionario y del derecho de sufragio activo y pasivo (§§ 45-45b)

1. En primer lugar, la Ley prevé la pérdida del derecho de sufragio pasivo y la posibilidad de aparecer investido de facultades públicas como **consecuencia forzosa** de la condena por la comisión de un delito grave a una **pena de prisión de, como mínimo, un año** de duración (§ 45 I). Pero, además, en **otros casos** en los que tal posibilidad aparezca prevista en el tipo correspondiente el tribunal *puede* decretar la pérdida de la condición de servidor público y del derecho de sufragio activo de dos a cinco años (§ 45 II, V).

No resulta sencillo explicar el sentido y finalidad de una condena en la que se imponen estas (así denominadas) *consecuencias jurídicas para el status personal.* Desde una perspectiva histórica se trata de las últimas reminiscencias de antiguas penas honorarias que sobre todo aparecían vinculadas a las condenas en las que se imponía la pena de presidio[1]. La finalidad que en la actualidad se persigue con tales consecuencias apenas si puede divisarse en el favorecimiento de la prevención individual[2]; aquélla reside, más bien, en la preservación del prestigio de los servicios y funciones públicas[3]: este valor no puede ser puesto en peligro por personas que, inmediatamente después de la condena por un delito grave (§ 45 I) o por un delito teñido de significado político (§ 45 II), sigan ocupando posiciones de influencia en la Administración pública o en una agrupación electoral. Para lograr este objetivo extrapenal el autor es condenado junto a la penalidad correspondiente a una consecuencia adicional, a saber, la pérdida de la capacidad para participar

[1] Hasta 1970, de acuerdo con el § 31 en su redacción anterior, la condena a una pena de esa naturaleza traía consigo como consecuencia jurídica la pérdida definitiva de la capacidad para ser funcionario; además, según el § 32, también en su redacción anterior, se podía asimismo condenar a la "pérdida de los derechos honoríficos civiles". Acerca de su desarrollo histórico vid. *Schwarz*, Aberkennung der Amtsfähigkeit págs. 20-39.

[2] En este sentido, sin embargo, *SK (Horn)* § 45 núm. 12.

[3] Durante la tramitación legislativa fue formulada tal finalidad en la "limpieza de la vida pública"; referencias en *Nelles*, JZ 1991, pág. 21.

en la conformación de la vida pública. Dado que evidentemente la Ley se no propone la evitación de aquellos peligros para la capacidad de funcionamiento de la Administración pública que podrían derivarse de *delitos adicionales equivalentes* cometidos por el condenado, hay que aceptar que con las consecuencias para el status personal de una condena no se trata de sanciones equiparables a otras medidas sino de auténticas *penas accesorias*, a pesar de que el legislador distinga sistemáticamente entre la pena accesoria del § 44 y la "consecuencia accesoria" del § 45[4]. De ello se deriva además que el "sacrificio especial" que el autor debe asumir en beneficio de la consideración hacia la Administración pública debe ser fijado de acuerdo con los principios generales de la determinación de la pena y, en especial, con el de una compensación adecuada de su culpabilidad. Esto significa que el efecto punitivo de las consecuencias jurídicas para el status personal han de ser tenidas en cuenta en beneficio del autor a la hora de fijar la pena de prisión[5].

2. Desde una perspectiva **político-criminal** es muy dudosa la justificación de la existencia de las "consecuencias accesorias" del § 45[6]. En relación con la pérdida del derecho de sufragio existen ya objeciones de naturaleza constitucional puesto que el art. 38 II GG en conexión el principio de democracia el derecho de sufragio general y su desposesión no está ni siquiera prevista en el art. 18 GG[7]. Por lo demás, tampoco es necesaria una regulación jurídico-penal de carácter general para la protección del "interés" por la "limpieza" de la vida pública, pues en numerosas regulaciones particulares se anudan ya este tipo de consecuencias al pronunciamiento de la condena (vid., por ejemplo, § 24 BRRG, § 48 BBG, §§ 13, 15 BWahlG; asimismo, §§ 7 núm. 2, 14 II núm. 2 BRAO; §§ 38 I núm. 2, 53 II núm. 1 SoldG)[8].

---

[4] Para *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 45 núm. 1, se trata de "sanciones autónomas de intenso carácter jurídico-penal"; de modo similar en la 4.ª ed. de esta obra. Diferenciando entre las consecuencias jurídicas del apartado primero (consecuencias accesorias) y las de los apartados 2, 5 (penas accesorias), *Dreher/Tröndle*, § 45 núms. 2, 9; *Lackner*, § 45 núms. 2, 3; también en este sentido *Schönke/Schröder/Stree*, § 45 núms. 3, 4; acertadamente en contra del tal distinción *Nelles*, JZ 1991, pág. 18.

[5] En definitiva, también en este sentido *Dreher/Tröndle*, § 45 núm. 9; *Lackner*, § 45 núm. 3; *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 45 núm. 15; *Schwarz*, Aberkennung der Amtsfähigkeit pág. 48; de otra opinión, *SK (Horn)* § 45 núm. 12.

[6] A favor de la derogación de este precepto *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 602 ss.; *Nelles*, JZ 1991, pág. 24; *Schwarz*, Aberkennung der Amtsfähigkeit págs. 185 ss.; así también, *Schönke/Schröder/Stree*, § 45 núm. 1 ("cuestionable y completamente prescindible"). Tampoco en el AE fueron previstas sanciones similares (Fundamentación pág. 77).

[7] Profundizando en este aspecto *Schwarz*, Aberkennung der Amtsfähigkeit págs. 81 ss.

[8] Muchas de estas regulaciones, sin embargo, se remiten a la privación judicial del derecho

3. a) Según el § 45 I las consecuencias que afectan al status personal se fundan en una condena por un **delito grave** a una pena de prisión de al menos un año. Aquí se atiene a la pena *dictada* y no a su ejecución; de ahí que tales consecuencias también entren en juego cuando la pena de prisión es suspendida condicionalmente[9].

b) En primer lugar, el autor pierde la **capacidad de ser investido de facultades oficiales** lo que significa, por ejemplo, que no puede ejercer como funcionario federal, regional o municipal; también se comprenden otras actividades oficiales desarrolladas en otros cuerpos funcionariales de Derecho público como es el desempeño del cargo de notario (vid. RG 62, 24 [26 ss.][10]. Asimismo, el condenado pierde el puesto público que desempeña (§ 45 IV). Consecuencia adicional de la condena es que el autor no puede **votar** en las elecciones públicas[11]. El concepto de "elecciones públicas" comprende, junto a la elección de los diputados del Parlamento Federal, la de los integrantes de los parlamentos de los distintos *Länder* y la de los representantes municipales como, por ejemplo, la elección de los órganos de la Seguridad Social o de las Cámaras de Industria y Comercio[12]. También aquí se pierde simultáneamente el cargo que el condenado estuviera desempeñando en virtud de las elecciones públicas correspondientes (§ 45 IV). No obstante, esto no rige para los miembros del Parlamento Federal pues la pérdida de tal condición compete exclusivamente a la Junta de Portavoces de dicho órgano (§ 47 I núm. 3 BWalhG).

c) Según el § 45 I la duración de la privación de estos derechos es siempre de **cinco años**. Sin embargo, en este plazo no se computa el tiempo de privación de libertad que el autor ha cumplido en virtud de una pena o medida de seguridad que le ha sido impuesta por la comisión del hecho (§ 45a II)[13]; en cambio, si la

---

de sufragio, etc., por lo que la derogación del § 45 podría dar lugar a problemas técnico-legales; vid. *Nelles*, JZ 1991, pág. 21. Acerca de la cuestión de la concurrencia de las regulaciones especiales con el § 45 vid. detalladamente *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 45 núms. 34-40.

[9] *SK (Horn)* § 45 núm. 9.

[10] *Dreher/Tröndle*, § 45 núm. 2; *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 45 núms. 3-6; *SK (Horn)* § 45 núm. 3. Los abogados no están comprendidos aquí pero su condena da lugar a la revocación de su habilitación para ejercer en virtud del § 14 II 2 BRAO.

[11] Se ha criticado con razón la vinculación automática de la condena a un año de prisión con la pérdida del derecho de sufragio, vid. *Jekewitz*, GA 1977, pág. 169.

[12] *Dreher/Tröndle*, § 45 núm. 3.

[13] Según lo preceptuado por el tenor literal del § 45a II si el autor cumple una pena de prisión adicional por *otro* hecho ese periodo no es deducido de la duración de la privación del derecho en cuestión; *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 45a núm. 4; *Schönke/Schröder/Stree*, § 45a núm. 4; de otra opinión *SK (Horn)* § 45a núm. 6.

pena de prisión o la medida de seguridad es objeto de suspensión condicional entonces la duración de esta última se abona al cumplimiento de la consecuencia accesoria (§ 45a III) en la medida en que, finalmente, se ordene la suspensión definitiva (§ 56g)[14].

4. a) La privación de la capacidad para ser funcionario y del derecho de sufragio es **facultativa** en los supuestos en los que un tipo penal prevea expresamente esta consecuencia jurídica (§ 45 II). Este es el caso, por ejemplo, de determinados delitos contra la seguridad y contra las instituciones esenciales del Estado (§§ 92a, 101, 109i), de la pertenencia a una organización terrorista (§ 129a VI) o del fraude de subvenciones (§ 264 V 1[15]), hipótesis todas ellas en las que la Ley impone exigencias diferenciadas en relación con la cuantía de la pena principal. Únicamente la capacidad para ser investido de atribuciones públicas puede ser inaplicada por el tribunal cuando en virtud de la comisión de un delito de funcionarios se impone como mínimo una pena de prisión de seis meses (§ 358). Finalmente, existe todavía la posibilidad de privar temporalmente al autor del **derecho de sufragio activo** en los comicios públicos, si ha cometido alguno de los delitos contra la integridad de las elecciones públicas (por ejemplo, compra de votos o falseamiento de los mismos) tipificados en los §§ 108c ó 108e II y es condenado por ello como mínimo a una pena de prisión de seis meses. La misma consecuencia accesoria está también prevista en los delitos relativos a la protección del Estado (§§ 92a, 101, 109i) donde, sin embargo, su aplicación está todavía menos legitimada: aún cuando se considere que la pérdida del derecho de sufragio activo es aceptable como "pena reflectante" en un delito de falseamiento electoral, no existe ningún motivo evidente para sostener que quien que ha insultado al presidente del Gobierno Federal sea excluido de la participación en unas elecciones democráticas (§§ 90, 92a).

b) La Ley guarda silencio sobre la cuestión relativa al modo en el que el tribunal debe hacer uso de su discrecionalidad en la imposición de las consecuencias jurídicas que afectan al status de la persona. De ahí que sólo pueda ser determinante la finalidad genérica perseguida por la consecuencia accesoria (vid. *supra* § 75 I 1) y la regulación contenida en el § 46 [16]. De acuerdo con ello, sólo puede privarse de la capacidad para el ejercicio de facultades públicas y del derecho de sufragio si, en virtud de la gravedad y naturaleza del delito cometido, es necesario

[14] Vid. al respecto *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 45a núm. 10.

[15] La referencia debe entenderse realizada al vigente § 264 VI (N del T).

[16] *Dreher/Tröndle*, § 45 núm. 9; *Lackner*, § 45 núm. 3; *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 45 núm. 15; *Schönke/Schröder/Stree*, § 45 núms. 4, 13.

evitar el peligro de que la población pierda la confianza en las instituciones estatales afectadas a causa de una determinante cooperación adicional del condenado en la vida pública[17]. En este caso el principio de culpabilidad (§ 46 I 1) exige que la intervención de la consecuencia accesoria despliegue efectos paliativos en la determinación de la pena.

5. De acuerdo con lo estipulado en el § 45b I, una vez expirada la mitad de la duración de la privación de la capacidad para ser funcionario público (pero no de recuperar un *cargo* público anterior[18]) o del derecho de sufragio que fuer impuesta en la condena de acuerdo con el § 45 I, II, V, existe la posibilidad de recuperar el ejercicio de tales derechos si concurre el pronóstico de que en un futuro el condenado no cometerá más delitos dolosos[19]. Esta regulación es difícil de compatibilizar con la *ratio* del § 45 puesto que la *entrada en juego* de las consecuencias para el status de la persona no presupone ningún peligro de reincidencia. Sin embargo, desde una perspectiva político-criminal cabe dar la bienvenida a la posibilidad de acortar el plazo de privación de la participación activa en la vida política, pues de esta forma se crea para el autor un estímulo adicional para apartarse de un comportamiento delictivo[20].

II. La publicación de la sentencia (§§ 103 II, 165, 200)

Para determinadas modalidades de injurias (§§ 103 II, 200; de forma similar, §§ 15, 23 I UWG) y de acusación falsa (§ 165) la Ley prevé como consecuencia jurídico-penal de carácter accesorio la publicación de la sentencia condenatoria[21].

---

[17] En el caso concreto también pueden estar implicadas razones de naturaleza preventivo-especial (por ejemplo, el peligro de que los hechos se repitan si se siguen desempeñando funciones públicas); no obstante hay quien incorrectamente está a favor de que jueguen *exclusivamente* consideraciones de tipo preventivo, vid. *SK (Horn)* § 45 núm. 12; en contra de cualquier vinculación al principio de culpabilidad, *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 230; no obstante, con una postura favorable a la eficacia limitada de éste, vid. la 4.ª ed. de esta obra págs. 713 ss.

[18] *Dreher/Tröndle*, § 45b núm. 1; *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 45b núm. 1; *SK (Horn)* § 45b núm. 2.

[19] En contra de la opinión dominante el peligro de comisión de *cualquier* delito doloso no obstaculiza la devolución del ejercicio de las facultades sustraídas; su rechazo sólo está justificado cuando de tales delitos dolosos se deba temer un nuevo desencadenamiento de la sanción contenida en el § 45.

[20] El § 45b también es entendido como un medio resocializador, vid. *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 45b núm. 6; *Sturm*, JZ 1970, pág. 84.

[21] El tipo de publicación habrá de ser determinado en la sentencia (§ 200 II 1). Aquélla deberá corresponderse con el hecho objeto de condena en atención al círculo de destinatarios y al

El Derecho penal especial contiene regulaciones similares en determinadas infracciones de los derechos de autor (§ 111 UrhG, § 142 VI PatG, § 14 VI GMG, § 25d VI WZG).

Por un lado, la publicación de la condena debe servir para la satisfacción y la rehabilitación en sus derechos de la persona del ofendido[22]; por este motivo aquélla sólo está prevista en el StGB para el caso en el que la afirmación desacreditadora fue difundida públicamente o a través de la difusión de pasquines; también por esta razón es asunto del ofendido solicitar que se ordene y ejecute la publicación de la sentencia (vid. § 463c II StPO). Por otro lado, la adopción de esta medida sitúa públicamente al desnudo a la persona del ofendido y por ello contiene un elemento adicional del castigo[23]. En una concepción moderna del Derecho penal en la que éste se dirige hacia el objetivo de la resocialización no es adecuada una "pena ejemplar" de esta naturaleza, especialmente cuando su previsión está limitada a delitos relativamente leves (por ejemplo, §§ 164, 185)[24]. Dado que de todas formas, en los casos que aquí resultan más relevantes, el Derecho civil ofrece un derecho a la rectificación a quien es lesionado en su honor[25], puede entonces renunciarse a esta consecuencia accesoria sin la producción de perjuicios de ningún tipo[26].

§ 76 La privación de los beneficios y el comiso

Dessecker, Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis, 1991; *Eser, Die* strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, 1969; *el mismo,* Zum Eigentumsbegriff im Einziehungsrecht, JZ 1972, pág. 146; *el mismo,* Neue

efecto publicitario perseguido; *Dreher/Tröndle*, § 200 núm. 5; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 165 núm. 9; vid. también BGH 10, 306 (310-312).

[22] Limitando a esta función la publicación de la sentencia, *Dreher/Tröndle*, § 200 núm. 1; *LK (10.ª)(Tröndle)* nota preliminar núm. 38 antes del § 38; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 165 núm. 1.

[23] De ahí que la publicación de la sentencia se haya caracterizado como una "consecuencia accesoria de análoga significación punitiva" (vid. *Lackner/Kühl*, § 200 núm. 1) o como una "pena accesoria" (vid. *SK (Rudolphi)* § 200 núm. 1.

[24] Acertadamente crítico *Schomburg*, ZRP 1986, pág. 65.

[25] Vid. *Palandt/Thomas*, nota preliminar núms. 27-32 antes del § 823 con referencias adicionales.

[26] En todo caso en contra de una extensión de la sanción a otros tipos penales, *Schöch*, Gutachten C zum 59.º DJT p. C 95 nota a pie núm. 100, así como las resoluciones del 59.º DJT, Sitzungsbericht O p. O 191.

Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Krimlnalität? Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 833; *Franzheim,* Der Verfall des Vermögensvorteils in Umweltstrafsachen, wistra 1989, pág. 87; *Gilsdorf,* Die verfassungsrechtlichen Schranken der Einziehung, JZ 1958, págs. 641, 685; *Göhler,* Die neue Regelung zum Verfall im StGB und OWiG, wistra 1992, 133; *Güntert,* Die Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion, 1983; *Heckmann,* Die Einziehung verdächtigen Vermögens, ZRP 1995, pág. 1; *Hoyer,* Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip "in dubio pro reo", ZStW 105 (1993) pág. 523; *el mismo,* Die Rechtsnatur des Verfalls angesichts des neuen Verfallsrechts, GA 1993, pág. 406; *Kaiser,* Gewinnabschöpfung als kriminologisches Problem und kriminalpolitische Aufgabe, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 685; *Katholnigg,* Die Neuregelungen beim Verfall, JR 1994, pág. 353; *J. Meyer/Dessecker/Smettan* (edrs.), Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten, 1989; *K. Meyer,* Amnerkung zu BGH 24, 222, JR 1972, pág. 385; *von Münch/Kunig* (edrs.), Grundgesetz-Kommentar, Tomo 1, 4.ª ed. 1992; *Perron,* Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall, JZ 1993, pág. 918; *R. Schmitt,* Aktivierung des "Verfalls"! Gedächtnisschrift für P. Noll, 1984, pág. 295; *Weßlau,* Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? StV 1991, pág. 226.

A través de los institutos de la privación de los beneficios (§§ 73-73e) ("*Verfall*") y del comiso (§§ 74-75) ("*Einziehung*") se introduce la posibilidad de despojar al autor —y, bajo ciertos requisitos, también a un tercero— de elementos patrimoniales que se caracterizan por poseer una estrecha relación con el hecho punible. Puede tratarse de cosas que el autor ha utilizado para la ejecución del delito, de objetos que se han derivado de éste (§ 74 I) o de las ganancias que el autor ha obtenido a través de su comportamiento antijurídico (§ 73). En este último caso interviene la privación de los beneficios y en los dos primeros el comiso. La **orientación teleológica** de estas dos figuras afines entre sí no es unitaria. En un primer plano se trata de la exacción de ventajas patrimoniales obtenidas ilícitamente y con ello, también mediatamente, de la prevención del delito ("*crime doesn't pay*"); pero junto a ello también la colectividad debe ser protegida frente a objetos peligrosos (por ejemplo, armas, drogas, moneda falsa) (vid. § 74 II núm. 2).

Es sumamente difícil proceder a una **clasificación** de la privación de los beneficios y del comiso dentro de la **sistemática de las sanciones**[1], pues como cada uno ellos contiene elementos punitivos, preventivos y de otro tipo (por

[1] Al respecto vid. resumidamente *Schönke/Schröder/Eser,* nota preliminar núms. 12-19 antes del § 73.

ejemplo, restitutorios), su centro de gravedad puede variar en función del objeto afectado y de los motivos por los que se ordena uno u otro. El legislador define neutralmente a ambas figuras como "medidas" ("*Maßnahmen*") (§ 11 I núm. 8); con ello debe haber querido expresar que no se trata ni de penas ni de medidas de seguridad ("*Maßregel*") de corrección y aseguramiento, sino de un grupo autónomo de sanciones. Sin embargo, la cuestión de bajo qué requisitos pueden ser aplicados estos dos institutos no puede ser contestada sin consideración a su naturaleza jurídica; de ahí que ésta pase a ser discutida a continuación de una forma más detallada.

I. Privación de los beneficios

1. Por medio de esta figura el autor es privado de aquello que ha conseguido con la comisión del delito. El § 73 I 1 comprende tanto las ganancias que se obtienen directamente del hecho (por ejemplo, los ingresos derivados de la venta de droga) como también el precio que el autor ha recibido de un tercero por la ejecución del delito. Por tanto, la privación de los beneficios tiene por finalidad la **exacción del provecho** obtenido con la perpetración de la infracción penal; una finalidad, por cierto, que por regla general no puede alcanzar la pena de multa a causa de su vinculación con los *ingresos* del autor (§ 40 II)[2].

2. De acuerdo con el § 73 para ordenar la privación de los beneficios es necesaria la concurrencia de los siguientes **requisitos**:

a) El autor tiene que haber cometido un **hecho antijurídico** en el sentido del § 11 núm. 5. El autor también puede, por tanto, actuar sin culpabilidad (por ejemplo, en virtud de los §§ 17, 20, 35)[3]. No es relevante la modalidad o gravedad del delito cometido.

---

[2] Vid., sin embargo, el § 41 (pena de multa acumulativa) y el § 43a (pena patrimonial); esta última es, no obstante, subsidiaria frente a la privación de los beneficios (§ 43a I 2). En *Derecho administrativo sancionador* la sanción pecuniaria también tiene por finalidad la exacción de las ganancias obtenidas con la comisión de la infracción (§§ 17 IV, 30 III OWiG); en este ámbito, la institución de la privación de los beneficios sólo se aplica en aquellos casos en los que no puede ser impuesta una pena de multa (§ 29a OWiG). Profundizando acerca de las posibilidades existentes en *Derecho extranjero* para desposeer al autor de las ventajas patrimoniales obtenidas con su conducta, *J. Meyer/Dessecker/Smettan* (edrs.), Gewinnabschöpfung, 1989.

[3] Si sólo está castigada la forma de comisión dolosa el autor debe, naturalmente, haber actuado dolosamente; *Dreher/Tröndle*, § 73 núm. 2; *LK (10.ª)(Schäfer)* § 73 núm. 8; *SK (Horn)* § 73 núm. 6.

b) El autor debe haber obtenido para o a través del hecho una ventaja material ("**algo**"). No sólo se consideran como *ventajas* las cosas y los derechos sino también las posibilidades fácticas de aprovechamiento (verbigracia, sobre un automóvil sustraído) y los gastos que el sujeto se ha ahorrado con la ejecución del hecho (por ejemplo, en la eliminación de residuos peligrosos para el medio ambiente de acuerdo con el § 326[4]). La privación de los beneficios no queda excluida por el hecho de que el autor ya no posea los mismos; en este caso el tribunal puede elegir entre declarar la privación al sujeto de la cosa conseguida como *sustitutivo* (§ 73 II) u ordenar el pago de una *cantidad de dinero* que se corresponda con el valor de lo obtenido ilícitamente (§ 73a[5])[6].

Ejemplo: Si el estafador sufre un accidente en el que queda destrozado el automóvil que ha obtenido mediante su engaño, entonces la privación de los beneficios comprende la cantidad obtenida de la compañía aseguradora a causa del accidente (§ 73 II 2) o una cantidad de dinero que se corresponda con el valor originario del vehículo (§ 73a). El autor no puede acogerse a la "desaparición de su enriquecimiento" (vid., no obstante, el § 73 I 2).

La ventaja patrimonial debe estar dirigida hacia el autor *mismo*; tratándose de cosas debe haber obtenido su posesión civil (BGH 36, 251 [253 ss.])[7]. Excepcionalmente, la privación de los beneficios también puede ser acordada frente a un *tercero*: por un lado, cuando el autor ha actuado en nombre del tercero[8] y éste ha logrado enseguida la ganancia (§ 73 III); y, por otro, cuando aún siendo el tercero propietario del objeto ha sido él quien se lo ha "proporcionado" al autor para el

---

[4] Vid. al respecto *Franzheim*, wistra 1989, pág. 87.

[5] Según dicho precepto el pago del valor sustitutivo también debe ser llevado a cabo cuando el beneficio logrado consiste en una ventaja sobre el uso de algo o en el ahorro de ciertos gastos.

[6] El tribunal *debe* hacer uso de una de estas dos posibilidades si concurren el resto de los requisitos para ordenar la privación de los beneficios (cfr., no obstante, el § 73c I 2); *SK (Horn)* § 73 núm. 12.

[7] *Dreher/Tröndle*, § 73 núm. 3b; *Schönke/Schröder/Eser*, § 73 núm. 11; *SK (Horn)* § 73 núm. 13; de otra opinión, (estimando necesaria la adquisición de la propiedad) BGH 31, 145 (148); *Eberbach*, NStZ 1987, págs. 488 ss.; *NK (Herzog)* § 73 núm. 7.

[8] En este punto no es necesario que el tercero haya colaborado en el hecho, sino que puede también tratarse de alguien que actúa de buena fe; *Lackner*, § 73 núm. 9; *SK (Horn)* § 73 núm. 14. Tampoco es necesaria una representación en el sentido de los §§ 164 ss. BGB, sino que basta con que *fácticamente* el autor intervenga en beneficio del tercero; *Dreher/Tröndle*, § 73 núm. 13; *LK (10.ª)(Schäfer)* § 73 núm. 41; *Schönke/Schröder/Eser*, § 73 núm. 36; con otro criterio, *NK (Herzog)* § 73 núm. 25. En ambos casos se evidencia la severidad de la intervención estatal sobre los frutos delictivos.

hecho o ha tenido conocimiento de las circunstancias del delito (§ 73 IV)[9]. El "tercero" puede ser también una persona jurídica o una asociación de personas físicas. Según el § 442 II StPO un tercero afectado debe personarse en el proceso penal correspondiente para que pueda hacer valer sus derechos.

3. El **objeto** de la privación de los beneficios viene determinado por lo que el autor (o, en los supuestos del § 73 IV, el tercero) ha **obtenido**. Hasta el año 1992 el objeto de la privación de los beneficios, hasta entonces designado por la Ley como "ventaja patrimonial", era equiparado con la *ganancia neta* que el autor había logrado con el hecho (BGH 28, 369; 30, 46 [51 ss.]; BGH NStZ 1988, pág. 496); esto comportaba que los gastos del autor (por ejemplo, el precio de compra de la droga adquirida) y los costes vinculados al hecho (verbigracia, el precio del viaje en tren al lugar del delito) debían de ser deducidos de la indagación del objeto de la privación de los beneficios[10]. A través de la sustitución en 1992 de la expresión "ventaja patrimonial" por el vocablo "algo" en la descripción del objeto de la privación de los beneficios [11], el legislador ha introducido en este punto el "*principio de la ganancia bruta*"; según éste al autor se le despoja de todo lo obtenido sin consideración a los gastos o costes del delito (BGH NStZ 1994, pág. 123)[12]. Esta modificación trae consigo amplias consecuencias para la determinación de la naturaleza jurídica de la privación de los beneficios (vid. *infra* § 76 I 5).

Básicamente, el alcance de esta institución recae sólo sobre lo que el autor obtuvo *directamente* del hecho punible. No obstante, también se extiende a los rendimientos de explotación percibidos (§ 73 II 1) como, por ejemplo, las cantidades recibidas en concepto de alquiler de una casa adquirida ilegalmente. Además, tal y como ya se dijo, puede ser declarada la privación de bienes sustitutivos que pasan a ocupar el lugar de objetos que ya no posee el autor (§ 73 II 2).

El tribunal puede *evaluar* la extensión de lo conseguido por el sujeto; y es que puede suceder que el debido esfuerzo destinado a su averiguación proporcione

---

[9] Por regla general en estos casos el autor suele tener la posesión civil del objeto afectado; de ahí que el § 73 IV desarrolle sobre todo la función de ahorrar al tribunal la aclaración exacta de las relaciones dominicales; vid. *Dreher/Tröndle*, § 73 núm. 14; *SK (Horn)* § 73 núm. 21; en torno a los pormenores de estos casos vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 73 núms. 39-43.

[10] Vid. en este punto la crítica de *Katholnigg*, JR 1994, págs. 355 ss.

[11] Crítico al respecto *Göhler*, wistra 1992, págs. 135 ss.

[12] BT-Drucks. 12/1134 pág. 12; sobre este aspecto vid. *Dessecker*, Gewinnabschöpfung pág. 362; *Dreher/Tröndle*, § 73 núm. 3a (quien equivocadamente duda de que el principio de la ganancia bruta se haya expresado de modo suficientemente claro en el § 73); *SK (Horn)* § 73 núm. 5.

una base suficiente para su evaluación (BGH NStZ 1989, pág. 361) pero no suministre o no permita esperar ningún resultado inequívoco (§ 73b)[13].

4. Aún cuando concurran los requisitos para la privación al autor de los beneficios, ésta **no tiene lugar** en dos supuestos:

a) No debe ser decretado cuando pueda suponer para el afectado una medida de un "*rigor extraordinario*" (§ 73c I 1). Esta limitación es necesaria para poder armonizar con el principio general de proporcionalidad la prescripción de una privación de beneficios que de otro modo resultaría forzosa[14]. Un "rigor extraordinario" puede concurrir sobre todo cuando el autor perdido o ha transmitido sin contraprestación lo originariamente conseguido (vid. § 73c I 2)[15].

b) De una gran importancia práctica es la exclusión de esta figura en todos los casos en los que de la comisión del delito se deriva un *derecho* para el *ofendido* que se dirige al objeto de la privación de los beneficios (§ 73 I 2). Aquí lo esencial no es que el ofendido haga valer su derecho de restitución o de indemnización (por ejemplo, derivado del los §§ 823 ó 985 BGB) frente al autor, sino que la simple *existencia* de aquel derecho excluye la imposición de la pérdida de las ganancias[16]. Esta regulación, por un lado, pretende impedir un perjuicio para el ofendido a través de una rápida captación por el Estado del provecho delictivo y, por otro, proteger al autor frente a un uso doble de tales pretensiones[17]. Cuando este objetivo está justificado el § 73 I 2 se ocupa de que esta figura jurídica quede vacía de contenido[18] para la gran mayoría de los delitos que se cometen en la práctica,

---

[13] Vid. *NK (Herzog)* § 73 núm. 2; *Schönke/Schröder/Eser*, § 73b núm. 6 ("orden necesaria ante la falta de mejores posibilidades de investigación").

[14] *Eberbach*, NStZ 1987, pág. 489; *NK (Herzog)* § 73c núm. 1; *Schönke/Schröder/Eser*, § 73c núm. 1.

[15] Pueden encontrarse ejemplos adicionales en *LK (10.ª)(Schäfer)* § 73c núm. 5; *SK (Horn)* § 73c núm. 4.

[16] *Dreher/Tröndle*, § 73 núm. 4; *NK (Herzog)* § 73 núm. 17; *SK (Horn)* § 73 núm. 19.

[17] *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen págs. 294 ss.; *LK (10.ª)(Schäfer)* § 73 núms. 21, 25; *NK (Herzog)* § 73 núm. 16.

[18] La importancia práctica de la privación de los beneficios es sorprendentemente pequeña: en el año 1991 sólo fue dictada en 434 casos *(Statistisches Bundesamt,* Rechtspflege, Reihe 3: Strafverfolgung 1991, 1993, pág. 67). *Eberbacht*, NStZ 1987, pág. 491, califica al § 73 I 2 como "sepulturero de la privación de los beneficios". Sobre la existencia de razones adicionales de una aplicación tan escasa vid. *Güntert*, Die Gewinnabschöpfung págs. 91 ss.; *Hoyer*, GA 1993, págs. 408 ss. También puede darse un rodeo para privar al autor de los frutos del delito no obstante la existencia de los derechos del ofendido (siempre que éstos no se hicieran valer): según el § 111b IV StPO en el proceso penal también puede ser dictado el *aseguramiento* provisional de los bienes que posiblemente integrarán el objeto de la privación de los beneficios, siempre que concurran

esto es, los delitos patrimoniales dirigidos contra las personas [19]. Por este motivo, en la necesaria reforma de toda esta materia debería buscarse en este punto una solución distinta.

5. En lo que respecta a la **naturaleza jurídica** de la privación de los beneficios, durante la vigencia del "principio de la ganancia neta" (vid. *supra* § 76 I 3) fue aceptado mayoritariamente que se trataba de una "*medida compensatoria cuasi-condicional*"[20] que también procedía a privar al autor del enriquecimiento ilegítimo en aquellos casos en los que no había existido ninguna pretensión individual sobre el objeto de esta medida (de lo contrario, tal pretensión tiene preferencia según el § 73 I 2). Sin embargo, tras la nueva redacción sufrida por el § 73 I 1, la privación del beneficio comporta que el autor sea desposeído de *más* de lo que realmente ganó con la comisión del delito.

Ejemplo: Un falsificador de moneda invierte 5.000 DM para fabricar billetes falsos que vende por 10.000 DM. Si se declara la privación de esta última cantidad el autor sufre una pérdida económica global de 15.000 DM; por el contrario, su enriquecimiento neto derivado del hecho habría sido sólo de 5.000 DM.

En tanto que al autor se le priva de una cantidad mayor al enriquecimiento neto obtenido, la pérdida de los beneficios adquiere indudablemente el carácter de una **pena adicional**[21]. Sin embargo, ello conduce a graves problemas con el *principio de culpabilidad* pues el § 73 sólo presupone la comisión de un hecho *antijurídico* pero no exige la culpabilidad del autor. Si se quiere que el nuevo § 73 no se declare en su conjunto inconstitucional por la infracción del mencionado

---

los requisitos del § 73 I 2. Si tampoco después de la firmeza de la sentencia el ofendido hace valer su derecho entonces el objeto asegurado es subastado como si se tratara de un objeto perdido, con lo que finalmente la ganancia revierte en el fisco (§ 983 en conexión con los §§ 979, 981 I BGB; más detalladamente sobre la cuestión núm. 75 V RiStBV así como *LK [10.ª] [Schäfer]* § 73 núms.. 26-29; *R. Schmitt,* Noll-Gedächtnisschrift pág. 301).

[19] De acuerdo con la opinión mayoritaria también el erario público se cuenta entre los "ofendidos" cuyos derechos son preferentes a la pérdida de los beneficios; LG Berlín NStZ 1991, pág. 437; *Dreher/Tröndle,* § 73 núm. 5; *Lackner,* § 73 núm. 6; *NK (Herzog)* § 73 núm. 18; *Schönke/Schröder/Eser,* § 73 núm. 26; restringidamente *SK (Horn)* § 73 núm. 17. No obstante, en el delito de cohecho cometido por un funcionario el fisco no es ningún "ofendido" de modo que aquí no interviene el § 73 I 2 (BGH 30, 46 [47 ss.]).

[20] Fundamental al respecto *Eser,* Die strafrechtlichen Sanktionen págs. 284 ss.; vid. también *Eberbach,* NStZ 1987, págs. 489 ss.; *Lackner,* § 73 núm. 1; *R. Schmitt,* Noll-Gedächtnisschrift pág. 296; *Schönke/Schröder/Eser,* nota preliminar núm. 18 antes del § 73.

[21] Igualmente, *Dreher/Tröndle,* § 73 núm. 1c; *Eser,* Stree-Wessels-Festschrift págs. 843 ss.; *Hoyer,* GA 1993, págs. 414 ss.; *Lackner,* § 73 núm. 4b; *NK (Herzog)* nota preliminar núm. 8 antes del § 73; *SK (Horn)* § 73 núm. 5.

principio[22] o que, en contra de la voluntad declarada del legislador, se siga manteniendo sobre la base del principio de la ganancia neta[23], sólo cabe una "solución diferenciada"[24]: si el autor ha actuado culpablemente —y bajo los presupuestos del § 14 también el tercero representado— se declarará como pena complementaria el beneficio bruto del delito; este perjuicio adicional se ha de tener en cuenta a favor del autor en la determinación de la pena de prisión o de multa. Si el sujeto no ha actuado culpablemente o si la privación de la ganancia es dictada (por ejemplo, según el § 73 III) en perjuicio de alguien que no tomó parte en el hecho, entonces el principio de culpabilidad prohibe privar a este último más allá de la ganancia neta; en este caso la pérdida del provecho delictivo se limita, pues, a las ventajas patrimoniales realmente obtenidas previa deducción de los gastos originados por el hecho.

6. Con la intención de proceder a una más amplia privación de los beneficios delictivos en el ámbito de la "criminalidad organizada", en el año 1992 el legislador ha extendido, bajo ciertos requisitos, la posibilidad de aplicar esta figura a cantidades que proceden de un hecho distinto al enjuiciado (**privación ampliada de los beneficios**, § 73d). Este instituto jurídico debe resolver adecuadamente la situación en la que a un autor le son encontrados elementos patrimoniales (especialmente dinero en metálico o en cuentas bancarias) sobre cuyo origen, a la vista de la escasa entidad de sus ingresos legales, no cabe sino aceptar que es de carácter delictivo (vid. BT-Drucks. 12/989 pág. 23). Por lo tanto, si se demuestra que el delito cometido por el autor está vinculado al ámbito de la "criminalidad organizada" la privación (ampliada) de los beneficios se extiende también a los componentes patrimoniales hallados. No obstante, esta posibilidad sólo existe cuando el autor ha realizado antijurídicamente un tipo que se remite expresamente al § 73d. Tales remisiones se encuentran sobre todo en la legislación penal sobre sustancias estupefacientes (§ 33 I BtMG), así como en otros delitos cometidos profesionalmente o de modo organizado que sean considerados como formas típicas de manifestarse la "criminalidad organizada"; así sucede, por ejemplo, con

[22] Lo que defiende *Eser*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 835.

[23] A favor de esta solución *NK (Herzog)* nota preliminar núm. 8 antes del § 73; *SK (Horn)* § 73 núm. 5.

[24] Favorables ya a esta solución bajo la redacción anterior, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 61 núm. 15; de forma similar ahora *Dreher/Tröndle*, § 73 núm. 3a; *Hoyer*, GA 1993, págs. 421 ss.; *Lackner*, § 73 núm. 4b, 4c; *SK (Horn)* § 73 núms. 5, 7 (quien pretende ayudar con la aplicación del § 73c).

la falsificación de moneda (§ 150 I), el tráfico de personas (§ 181c) y el robo o la receptación organizada (§§ 244 III, 260 III)[25].

a) De acuerdo con el tenor literal del § 73d I 1 la privación ampliada de los beneficios se encuentra sólo ligada a dos requisitos: el autor debe haber realizado antijurídicamente (¡y no necesariamente de modo culpable!) un tipo penal (*hecho motivador*) que se remita al § 73d; asimismo, las "circunstancias" deben "justificar la conclusión" de que un objeto que se le ha encontrado al autor[26] ha sido obtenido para la comisión o como producto de aquél *o de otro* hecho antijurídico (*hecho de procedencia*).

Ejemplo: El autor es condenado por tráfico ilegal de sustancias estupefacientes valoradas en 5.000 DM. A la vista de que el autor sólo percibe ayuda social, el tribunal supone que la cantidad de 50.000 DM encontrada en la vivienda del sujeto tiene asimismo su origen en el tráfico de drogas (vid. BGH 40, 371). A tenor del § 73d la pérdida ampliada de las ganancias delictivas también sería adoptada en este caso aunque el autor fuera inculpable a causa de una enfermedad mental (§ 20).

b) **Objeto** de la privación ampliada de los beneficios es cualquier elemento que esté relacionado con la obtención de ganancias de carácter delictivo, incluidos los bienes sustitutivos y facultades de aprovechamiento (§ 73d I 3 en conexión con el § 73 II). Si el objeto ya no puede ser entregado entonces el autor deberá hacer frente al pago de una cantidad equivalente al valor de aquél (§ 73 d I 3 en conexión con el § 73a). Incomprensiblemente el legislador no ha tenido aquí en cuenta la posible concurrencia de derechos del ofendido sobre el objeto de la privación[27]; si se cumplen los requisitos del § 73d I el Estado adquiere de este modo la propiedad de los objetos (vid. § 73e I 1), pero subsistiendo el derecho de los perjudicados a su retrocesión (por ejemplo, en virtud del § 812 BGB).

c) La disposición que acoge la privación ampliada de los beneficios ha sido objeto de **crítica** en torno a múltiples aspectos. Ante todo, se excede en su objetivo en la medida en que de acuerdo con el tenor literal del § 73d I 1, también se comprenden aquellos objetos que el autor ha conseguido, no sólo en el ámbito de la delincuencia "organizada", sino también aquellos que se derivan de *cualquier delito*[28]; la extensión de la pérdida de las ganancias a, por ejemplo,

---

[25] Una visión completa la proporciona *Dreher/Tröndle*, § 43a núm. 5, § 73d núm. 6.

[26] El objeto puede también formar parte de la propiedad de un tercero; vid. § 73d I 2.

[27] El § 73 I 2 no ha sido declarado aplicable por el § 73d; *Lackner*, § 73d núms. 3, 11; a favor no obstante de una aplicación analógica, *Dreher/Tröndle*, § 73d núm. 5.

[28] Vid. *NK (Herzog)* § 73d núm. 8. Para *SK (Horn)* § 73 núm. 6, la disposición hay que

una cantidad de dinero que el traficante de drogas ha conseguido ejerciendo espontáneamente de carterista no puede ser justificada a través del objetivo de la lucha contra la "delincuencia organizada". En relación con la inobservancia del *principio de culpabilidad* rige lo mismo que en la privación simple de las ventajas patrimoniales (vid. *supra* § 76 I 5): en la medida en que también para la exacción ampliada de las ganancias debe intervenir el "principio del beneficio bruto", convirtiéndola así en una auténtica sanción punitiva, aquélla sólo puede ser dictada ante la comisión *culpable* tanto del hecho motivador como del hecho de procedencia (dado que precisamente a causa de *su* comisión el autor ejercita su pretensión más allá del beneficio neto)[29]. El acentuado menoscabo del *derecho a la propiedad* (art. 14 GG) del autor o del tercero (en los casos del § 73d I 2) se legitima en todo caso por el hecho de que desde un principio los objetos adquiridos delictivamente, con independencia de su situación jurídica de naturaleza civil, no pueden ser considerados como "propiedad" en el sentido del art. 14 I GG frente a la intervención del Estado. Ciertamente, a través de su legislación el Estado puede intervenir en el ámbito de la tutela de la propiedad como derecho fundamental[30], pero ello sólo es admisible cuando, además de proporcional frente al afectado, la injerencia sobre determinados objetos patrimoniales es adecuada y necesaria para la protección de importantes intereses colectivos que no puede ser llevada a cabo mediante intervenciones menos lesivas[31]. Estos requisitos pueden cumplirse en la privación (simple) de los beneficios (§ 73) y en el comiso (§ 74 II núm. 1; vid. *infra* § 76 II 3 nota a pie núm. 43), en la medida en que la dejación al autor de las ganancias delictivas puede ser un incentivo para la comisión de hechos punibles que contrarrestaría necesidades de carácter preventivo-general. Sin embargo, es bastante dudoso que esto sea válido para los casos en los que la

entenderla (aún en contra de su tenor literal) en el sentido de que el hecho de procedencia debe encontrarse recogido en un tipo penal que se remita al § 73d.

[29] Igualmente, *Lackner*, § 73d núm. 4; vid. también *Weßlau*, StV 1991, pág. 231. El perjuicio patrimonial anudado a la privación ampliada de los beneficios ha de ser tenido en cuenta en beneficio del autor en el marco de la determinación de la pena.

[30] Fundamental acerca de la determinación jurídico-pública del derecho de propiedad BVerfGE 58, 300 (335 ss.). De este modo podría ser superada la explicación (de todos modos poco convincente) de la pérdida de la propiedad en virtud de los §§ 73, 74, a través de la idea de su "merecimiento" por el abuso del derecho de propiedad (así, *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen págs. 148 ss., 181 ss.; siguiéndole *Weßlau*, StV 1991, pág. 229) de los objetos patrimoniales adquiridos en relación con el delito.

[31] Vid. BVerfGE 58, 300 (339); *von Münch/Kunig/Bryde*, GG-Kommentar art. 14 núms. 11 ss.; *Papier*, en: *Maunz/Dürig*, art. 14 núm. 311 (de modo paralelo a la teoría gradual en el art. 12 GG).

privación de los beneficios se extiende a objetos delictivos *ajenos*, puesto que no existen conocimientos aprovechables acerca de un efecto intimidatorio *adicional* de esta medida[32].

En el § 73d I 1 llama la atención el *descenso de las exigencias probatorias* en torno a la comisión por el condenado del hecho de procedencia, así como del origen en este último del objeto de la privación ampliada de los beneficios: en relación a ambos presupuestos el legislador sólo requiere que "las circunstancias justifiquen la suposición". Ello ha sido criticado, con razón, como una vulneración del principio "in dubio pro reo"[33]. Evidentemente, la incompatibilidad con dicho principio existe en la medida en que la pérdida ampliada de las ganancias (con aplicación del principio del beneficio bruto) se presenta como una pena. Pero aún cuando la exacción ampliada del provecho delictivo comprenda sólo el principio del beneficio neto y, por ende, posea un carácter "cuasi-condicional", aquélla sigue siendo una sanción impuesta por un delito y está sujeta por ello a las severas exigencias probatorias de la StPO[34]. De ahí que la jurisprudencia haya corregido acertadamente el tenor literal del § 73d I 1, por medio de una interpretación conforme a la Constitución, según la cual para poder ordenar la privación ampliada de los beneficios sea necesaria la "completa convicción judicial" del origen delictivo de los elementos patrimoniales (BGH 40, 371 [373]). Sin embargo, con ello desaparece la ventaja claramente deseada por el legislador de aplicar sin problemas este instituto jurídico: a partir de ahora el tribunal debe estar convencido de que el autor ha cometido el hecho motivador, de que ha realizado un tipo de procedencia que se remite al § 73d y, además, de que el objeto de la privación de los beneficios tiene su origen en tal hecho de procedencia. Si no se prueba la *culpabilidad* del autor en relación con el hecho motivador o el de

[32] Profundizando en ello *Kaiser*, Tröndle-Festschrift págs. 690-704; *Perron*, JZ 1993, págs. 920-925.

[33] *H.-J. Albrecht*, en: *J. Meyer/Dessecker/Smettan* págs. 690-704 (edrs.), Gewinnabschöpfung págs. 60 ss.; *Dessecker*, Gewinnabschöpfung pág. 359; *Dreher/Tröndle*, § 73d núm. 4; *Weßlau*, StV 1991, pág. 232. La presunción de inocencia como tal no es infringida por la regulación pues aquélla no expresa nada acerca del alcance de la prueba con la que aquélla puede ser refutada; vid. *Hoyer*, ZStW 105 (1993) pág. 538.

[34] Con diferentes argumentos en la doctrina se intenta fundamentar la "similitud punitiva" de la privación ampliada de los beneficios; vid. *Heckmann*, ZRP 1995, págs. 2 ss.; *Hoyer*, GA 1993, págs. 413, 421; *Weßlau*, StV 1991, págs. 230-232. Sin embargo, ello no puede ser en absoluto decisivo puesto que también en las medidas de corrección y aseguramiento, donde no se presupone ninguna comprobación de la culpabilidad, a nadie se le ocurre que para su imposición baste la simple "suposición" de los requisitos que deben concurrir para su adopción.

procedencia, la imposición de la medida sólo puede tener lugar bajo el principio del beneficio neto.

Si no se observan estas restricciones el § 73d sigue siendo problemático desde un punto de vista *procesal* puesto que se desatiende el *principio acusatorio* (§ 155 I StPO): dado que la privación ampliada de los beneficios puede comprender a una multitud de hechos punibles, el legislador viene a exigir al inculpado que se defienda frente a la acusación de la comisión de delitos que de ningún modo necesita ser concretada en la acusación relativa al hecho motivador; con ello el objeto del proceso penal carece de límites y una defensa en el mismo —fuera de la prueba activa de las fuentes legales de procedencia— se torna imposible. En su conjunto, el instituto de la privación ampliada de los beneficios puede satisfacer determinados intereses criminalísticos, pero no se adapta al sistema de tipicidad individualizada del Derecho penal y procesal-penal alemán; es además de una constitucionalidad dudosa, por lo que en definitiva debería ser derogado.

II. El comiso (§§ 74-75)

1. De acuerdo con el § 74 I el **comiso recae** sobre los objetos que han sido producidos por medio de la comisión dolosa de un delito ("*producta sceleris*") y sobre los que fueron empleados en su ejecución o estaban destinados a ésta ("*instrumenta sceleris*"). El concepto de "objeto" comprende aquí no sólo las cosas corporales sino que también abarca derechos (vid. §§ 74e I, 74f I)[35]. Los objetos *producidos* por el hecho no son *idénticos* a las ganancias que el autor extrae del delito (y que están sujetas a la medida prevista en el § 73); como *producta sceleris* el § 74 más bien sólo comprende aquellos objetos cuyo origen corporal o su composición actual es atribuible al hecho punible; así sucede, por ejemplo, con el dinero falso (§ 150) o con un documento falsificado (§ 267) pero no, verbigracia, con el dinero robado por el autor o con el precio de compra de la droga que ha vendido (BGH *Schmidt* MDR 1989, pág. 1039)[36]. Por el contrario, los objetos *utilizados* para la ejecución del hecho se distinguen de aquellos otros que tan sólo se *refieren* a la misma; el § 74 sólo alcanza a los objetos que el autor emplea como

[35] *LK (10.ª)(Schäfer)* § 74 núm. 13; *Schönke/Schröder/Eser*, § 74 núm. 6; *SK (Horn)* § 74 núm. 5. En cambio, no debería ser frecuente que simples posiciones jurídicas (por ejemplo, los derechos sobre saldos bancarios) sean materialmente objetos delictivos en el sentido del § 74 I.

[36] *Dreher/Tröndle*, § 74 núm. 5; *Schönke/Schröder/Eser*, § 74 núm. 8.

instrumental para favorecer su comportamiento pero no a los que su utilización o presencia es ya presupuesta por el tipo penal correspondiente[37].

Ejemplos: Pueden ser decomisados como *instrumenta sceleris* el arma del asesino, el instrumento del ladrón, el vehículo con el que el autor ha conducido a la víctima al lugar de comisión del delito (BGH NJW 1955, pág. 1327; vid., no obstante, la BayObLG NJW 1963, pág. 600), así como una cantidad de dinero con la que el autor ha financiado el transporte de la droga (BGH NStZ 1993, pág. 340)[38]. En cambio, *no* pueden ser decomisados el vehículo que el autor conduce sin permiso para ello o en situación de incapacidad (BGH 10, 28) ni las armas para las que el autor no poseía licencia (OLG Hamm NJW 1954, pág. 1169)[39].

2. Atendiendo a la **dirección del objetivo** perseguido hay que distinguir dos clases de comiso: el **punitivo**, que esencialmente se plantea frente a los intervinientes (en sentido amplio) como sanción adicional (§ 74 II núm. 1) y el de **aseguramiento** que está destinado a la protección de la colectividad frente a objetos que son en sí mismos peligrosos o que pueden ser utilizados para la comisión de un delito (§ 74 II núm. 2)[40]. Ambos tipos de comiso se diferencian también ampliamente en torno a los requisitos para su aplicación[41].

3. El **comiso punitivo** (§ 74 II núm. 1) supone una sanción (adicional) frente al autor o partícipe que ha cometido culpablemente un delito doloso. Bajo

---

[37] Vid. lo ejemplos recogidos en *LK (10.ª)(Schäfer)* § 74 núms. 16-19; *NK (Herzog)* § 74 núms. 8-13; *SK (Horn)* § 74 núm. 8; acerca de su (difícil) delimitación *Schönke/Schröder/Eser,* § 74 núm. 12a.

[38] Con razón se ha restringido al respecto los objetos considerados "neutrales" (por ejemplo, el billete de avión que debe posibilitar el viaje al correo que transporta la droga) *Schönke/Schröder/Eser,* § 74 núm. 12; vid. también OLG Düsseldorf NJW 1992, pág. 3050; LG Frankfurt StV 1984, pág. 519. De acuerdo con la opinión mayoritaria también está sujeto al comiso el vehículo utilizado para huir del lugar del hecho (BGH NJW 1952, pág. 892; *Dreher/Tröndle,* § 74 núm. 9; *LK [10.ª][Schäfer]* § 74 núm. 17; *Schönke/Schröder/Eser,* § 74 núm. 12; en este punto es considerado como "comisión del delito" en el sentido del § 74, el periodo de tiempo que alcanza hasta la "terminación" del hecho (vid. *supra* § 49 III 3).

[39] Sin embargo, distintas disposiciones también prevén el comiso de tales objetos; vid., por ejemplo, § 92b núm. 2 en conexión con el § 86a (distintivos de organizaciones inconstitucionales), § 132a IV (uniformes usados sin autorización), § 282 (documentos o tarjetas de identidad falsas, etc.).

[40] La distinción se corresponde con la opinión completamente mayoritaria de la doctrina; vid., por ejemplo, *Eser,* Die strafrechtlichen Sanktionen pág. 57; *Lackner,* § 74 núms. 1, 2; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 61 núm. 26; *Schönke/Schröder/Eser,* nota preliminar núms. 13-15 antes del § 73; *SK (Horn)* § 74 núms. 11, 19.

[41] Lamentablemente, las ideas fundamentales del derecho al comiso apenas si pueden ser tomadas de las regulaciones individuales sumamente sutiles y complicadas.

el punto de vista del fin de la pena resulta difícil averiguar el motivo por el que al autor se le priva precisamente del instrumento del delito o del producto de su comportamiento (compensación de la culpabilidad, prevención)[42]; históricamente podría haberse visto en que a través de su implicación en el delito el objeto pasaba a ser "impuro" o a estar "manchado"[43]. Las cuestiones vinculadas con el comiso punitivo, su extensión y la posibilidad de aplicar medidas menos drásticas (vid. § 74b II, III), han de resolverse de conformidad con el principio de culpabilidad expresado en el § 46 I 1[44]; asimismo, cuando se decreta su imposición su importancia —que, bajo ciertas circunstancias, puede ser considerable— deberá ser tenida en cuenta en beneficio del autor a la hora de la determinación de la cuantía del resto de las penas impuestas (BGH StV 1983, pág. 327; 1994, pág. 76) [45].

a) Básicamente, el comiso punitivo sólo puede referirse a cosas que *pertenecen* al autor (o, en su caso, a derechos que le corresponden). En este contexto se discute si lo decisivo es la pertenencia *económica* o *jurídica* del objeto al patrimonio del autor; esta cuestión es especialmente importante, por ejemplo, cuando el sujeto ha comprado bajo reserva de dominio la cosa objeto del comiso o en aquel caso en el que se la ha transferido al acreedor como medio para asegurar su deuda con él. Mientras que la *jurisprudencia* atiende aquí estrictamente a la situación jurídica formal y sólo considera admisible el comiso de la expectativa de un derecho (BGH

---

[42] Haciendo mención de numerosos y diversos fines *Lackner*, § 74 núm. 1; *LK (10.ª) (Schäfer)* § 74 núms. 4 ss. Para *Schönke/Schröder/Eser*, § 74 núm. 18, la finalidad reside en hacer ver al autor de un modo duradero la reprochabilidad de su conducta.

[43] *SK (Horn)* § 74 núm. 11. Con ello, sin embargo, el instituto jurídico del comiso punitivo se apoya en una base insegura desde un punto de vista constitucional: ciertamente, la extensión de la propiedad protegida por el art. 14 GG puede ser limitada con independencia de las reglas del Derecho civil (BVerfGE 58, 300 [335 ss.]); no obstante, una limitación interna del ámbito de protección a objetos "no manchados" sólo es admisible bajo los estrictos requisitos del principio de proporcionalidad en orden a la evitación de peligros considerables que amenazan a la colectividad (vid. *supra* § 76 I 6c); la racionalidad apenas comprensible de la dirección a la que se orienta esta sanción no cumple con este requisito. La doctrina constitucionalista intenta resolver el problema de una forma dudosa por medio de la suposición de que la admisibilidad del comiso habría estado "evidentemente presupuesta" en la creación del art. 14 GG y, por ello, no puede suponer una expropiación en el sentido del art. 14 GG; vid. *Münch/Kunig/Bryde*, GG-Kommentar art. 14 núm. 78; *Papier*, en: *Maunz/Dürig*, art. 14 núms. 662 ss., cada uno de ellos con referencias adicionales; en este sentido también se pronuncia la BVerfGE 22, 387 (422).

[44] Acertadamente ya *Gilsdorf*, JZ 1958, pág. 687; a favor de una vinculación exclusiva con el principio de proporcionalidad que, no obstante, se erige como una barrera *adicional*, vid. la 4.ª ed. de esta obra, pág. 718.

[45] *Lackner*, § 74 núm. 1; *NK (Herzog)* § 74 núm. 39; *SK (Horn)* § 74 núm. 18.

19, 123; 24, 222; 25, 10)[46], en cambio para la *doctrina* mayoritaria el comiso se extiende a todo sobre lo que el autor pueda disponer económicamente[47]. Esta última visión tiene a su favor la gran practicabilidad que ofrece: la sanción afecta a quien realmente ha hecho uso del objeto; el Estado no se encuentra obligado frente al autor ha satisfacer el derecho del propietario formal[48] y este último puede ser indemnizado por sus verdaderos intereses económicos de acuerdo con el § 74f I[49].

b) El carácter punitivo del comiso se evidencia claramente cuando existe la posibilidad de decomisar una **cantidad de dinero** por un importe equivalente al valor del objeto en lugar de proceder a requisar este último (§ 74c)[50]. Dado que el comiso sólo puede recaer sobre los objetos que corresponden al autor *en el momento de dictar sentencia judicial*, el sujeto puede hacer fracasar su efectividad consumiendo "a tiempo" las cosas objeto de requisa o transmitiéndolas a un tercero. Si se comprobara un comportamiento similar el tribunal, en lugar de la incautación inicial, puede condenar al autor a pagar una cantidad de dinero que se corresponda con el valor del objeto sometido a comiso (§ 74c I)[51]. Es cierto

---

[46] De acuerdo *LK (10.ª)(Schäfer)* § 74 núms. 26-38; *K. Meyer*, JR 1972, pág. 385; vid., asimismo, la 4.ª ed. de esta obra pág. 719.

[47] *Dreher/Tröndle*, § 74 núm. 12; *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen págs. 309 ss.; *el mismo*, JZ 1972, pág. 146; *Lackner*, § 74 núm. 7; *NK (Herzog)* § 74 núm. 26; *Schönke/Schröder/Eser*, § 74 núm. 24; *SK (Horn)* § 74 núm. 16.

[48] Si se aceptara, como hace la jurisprudencia, que el comiso sobre la compra con reserva de dominio sólo alcanza a la expectativa del derecho, entonces el Estado debería pagar la totalidad de los pagos aplazados para obtener la propiedad del objeto.

[49] Se discute también sobre la situación jurídica creada allí donde el autor es sólo *copropietario* del objeto afectado. Aquí se procede al comiso del porcentaje de participación correspondiente (BGH NStZ 1991, pág. 496; *LK [10.ª][Schäfer]* § 74 núm. 49; *Schönke/Schröder/Eser*, § 74 núm. 6) incluso aunque la copropiedad se materialice sobre el objeto mismo y no se trate sólo de una simple posición jurídica (no obstante, vid. *Dreher/Tröndle*, § 74 núm. 12; *SK [Horn]* § 74 núm. 5); no obstante, esta posibilidad no es especialmente práctica pues si el Estado sólo es copropietario de la cosa no puede cuidar directamente de que se haya privado al autor de la posibilidad de hacer uso del objeto.

[50] *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 621, rechazan con carácter general la naturaleza punitiva del comiso, de ahí que (consecuentemente) consideren la posibilidad prevista en el § 74c como "absoluto sinsentido". El § 74c abarca también los supuestos de comiso de aseguramiento (vid. BGH 28, 369 [370]), aunque apenas deberían ser cumplidos los requisitos de tal disposición en la medida en que también pueden ser decomisados a terceros los objetos que sean peligrosos en el sentido del § 74 II núm. 2; de ahí que por regla general el comiso no "fracase" en estos casos por el hecho de que el autor transmita la cosa; vid. *Schönke/Schröder/Eser*, § 74c núm. 4.

[51] El § 74c II se ocupa del caso, no muy importante en la práctica, en el que, ciertamente, el autor conserva la cosa, pero ésta se encuentra gravada (por ejemplo, mediante pignoración) por el derecho de un tercero.

que la Ley habla del "comiso" de la cantidad de dinero pero, materialmente, no se trata de tal sino de una obligación de pago (naturalmente, sin la posibilidad de aplicar un arresto sustitutorio) que se ejecuta como si de una multa se tratara (BGH 28, 369 [370]; vid. § 459g II StPO)[52].

c) Bajo determinadas circunstancias el comiso puede ser extendido a **terceros** que no tomaron parte en la comisión del hecho. Y así, en primer lugar, de acuerdo con lo previsto en el § 75, el comiso puede recaer sobre la propiedad de personas jurídicas y de determinadas asociaciones de personas cuando sus representantes legales, procuradores o apoderados han dado lugar a los requisitos del comiso. Asimismo, en virtud del § 74a se puede desposeer a un tercero de su propiedad si éste ha contribuido al menos por imprudencia a la implicación del objeto en el hecho, o si lo ha adquirido tras la comisión de éste de un "modo reprochable"[53] y con conocimiento de los presupuestos del comiso; del mismo modo, la disposición penal aplicable debe remitirse expresamente al § 74a (vid., por ejemplo, §§ 92b, inciso segundo, 264 V 2[54], 285b II 2, 295, inciso segundo; § 33 II BtMG, en relación con la droga). Posiblemente se ha pensado en los casos en los que el tercero deja al autor una escopeta a pesar de que podría haber reconocido fácilmente que iba a cazar furtivamente, o allí donde el tercero compra a buen precio el vehículo utilizado para ello en circunstancias sospechosas pero sin un conocimiento exacto del hecho previo. Tanto desde una perspectiva político-criminal como constitucional (principio de culpabilidad, art. 14 GG) resulta muy problemática la extensión del comiso punitivo a personas que sólo de forma lejana "tienen que ver" con el hecho[55], sobre todo si se tiene en cuenta que el propietario afectado no es indemnizado por la pérdida (§ 74f II núms. 1, 2).

4. El **comiso de aseguramiento** carece de carácter punitivo y está destinado sólo a cumplir la misión preventiva de proteger a la población frente a posibles riesgos y, en especial, frente a la comisión de hechos punibles[56]. Su alcance se

---

[52] *LK (10.ª)(Schäfer)* § 74c núms. 21 ss.; *Schönke/Schröder/Eser*, § 74c núm. 13; *SK (Horn)* § 74c núm. 13.

[53] El propio conocimiento de las circunstancias que fundamentan la posibilidad del comiso deben ser ya un indicio de la "reprochabilidad"; *Dreher/Tröndle*, § 74a núm. 8; *LK (10.ª)(Schäfer)* § 74a núm. 18. Con ello se alude a los casos que objetiva y subjetivamente se encuentran próximos a la receptación (§ 259); *Schönke/Schröder/Eser*, § 74a núm.10; *SK (Horn)* § 74a núm. 9.

[54] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 264 VI, inciso segundo (N del T).

[55] Críticamente también *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 619 ss.; *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen págs. 221 ss.; *NK (Herzog)* § 74a núm. 1; *Papier*, en: *Maunz/Dürig*, art. 14 núm. 663; *Schönke/Schröder/Eser*, § 74a núm. 2; *SK (Horn)* § 74a núm. 2.

[56] La evitación preventiva de peligros es entendida como una frontera inmanente del derecho

extiende a los objetos que, de acuerdo con su naturaleza y bajo circunstancias concretas, ponen en peligro a la colectividad[57] (por ejemplo, veneno, explosivos) o respecto de los cuales exista el riesgo cierto[58] de que sean utilizados para la comisión de delitos (verbigracia, documentos falsificados, armas prohibidas)[59]. A la vista de la finalidad de aseguramiento perseguida en estos supuestos, aquí ni es decisivo el dato de que el hecho motivador fuera cometido culpablemente (§ 74 III)[60] ni tampoco la circunstancia de quién sea el propietario del objeto requisado. No obstante, si el comiso afecta a alguien ajeno al hecho y que tampoco se encuentra vinculado con el acontecer delictivo en el amplio sentido al que alude el § 74a (vid. *supra* § 76 II 3c), entonces se le proporciona una indemnización que se corresponda con el valor de mercado del objeto (§ 74f I)[61].

5. Básicamente, el comiso queda a **discrecionalidad** del tribunal. En los casos de comiso por aseguramiento, sin embargo (§ 72 II núm. 2), la exacción del objeto es a menudo obligatoria para la protección de la colectividad (también como medida cautelar en la fase de instrucción, § 111b I StPO). Diversas disposiciones específicas excluyen la discrecionalidad del tribunal y prescriben la adopción del comiso (por ejemplo, el § 150 II en torno al dinero falso o el § 285b II 1[62], en relación con las instalaciones del juego ilegal).

6. El § 74d acoge una regulación aparte para el comiso de las **obras** en el sentido del § 11 III. Su requisa es *obligatoria* en la medida en que su difusión, a causa de su con-

---

de propiedad en el sentido del art. 14 I 2 GG, pero la privación de la propiedad ante simples "perturbaciones situacionales" debe respetar rigurosamente el requisito de la proporcionalidad; vid. *Papier*, en: *Maunz/Dürig*, art. 14 núms. 512, 524.

[57] No obstante, también quedan comprendidos los casos en los que sólo se pone en peligro a *personas concretas*; *LK (10.ª)(Schäfer)* § 74 núm. 54; *NK (Herzog)* § 74 núm. 34; *Schönke/Schröder/Eser*, § 74 núm. 32.

[58] Así, acertadamente, *Lackner*, § 74 núm. 8; *Schönke/Schröder/Eser*, § 74 núm. 34; *SK (Horn)* § 74 núm. 33. De ahí que el comiso de cuadros falsificados no sea admisible sin más (BGH JZ 1988, pág. 936).

[59] La *clase* del delito con cuyo riesgo se cuenta se deriva regularmente de la cualidad del objeto. Cuando ello no sucede (por ejemplo, una gran cantidad de dinero en manos de un grupo terrorista) el hecho, por lo menos, debe ser previsible en sus contornos más esenciales; BGH VRS 50, pág. 38; *NK (Herzog)* § 74 núm. 35; *Schönke/Schröder/Eser*, § 74 núm. 34; yendo demasiado lejos, BGH NStZ 1985, pág. 262; *LK (10.ª)(Schäfer)* § 74 núm. 54; asimismo, en la 4.ª ed. de esta obra pág. 721.

[60] No obstante, el hecho debe haber sido cometido *dolosamente*; vid. BGH 31, 80.

[61] Queda exceptuado el caso en el que, de conformidad con la legislación extrapenal (por ejemplo, según el Derecho policial) la cosa podría ser requisada al tercero sin necesidad de indemnización (§ 74 II núm. 3).

[62] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 286 II (N del T).

tenido (§ 74d I)[63], y aunque sólo se deba al acaecimiento de circunstancias adicionales (§ 74d III), fuera punible[64]. No obstante el tenor literal de la Ley, el comiso no debe tener lugar cuando de acuerdo con el art. 5 GG comporta una injerencia desmesurada en los derechos fundamentales (BGH 23, 208; 267 [269 ss.]). A pesar de que se trata de un supuesto de comiso de aseguramiento,[65] por motivos de practicabilidad no se extiende a aquellos ejemplares de la obra que se encuentran ya en poder del vendedor o de otros destinatarios (vid. al respecto BGH *Holtz* MDR 1990, pág. 103) (§ 74d II); sin embargo, el comiso es admisible frente a cualquiera en creaciones que tienen por objeto acciones sexuales con niños, en la medida en que aquí su simple posesión es ya punible (§ 184 V 2, VII 2). Para impedir una distribución ulterior de las obras prohibidas son inutilizados los dispositivos para su reproducción (por ejemplo, discos de ordenador o clisés de imprenta)[66] (§ 74d I 2).

III. Efectos de la privación de los beneficios y del comiso

Tanto en la privación de beneficios (§ 73e I) como en el comiso (§ 74e I) el decreto de la medida tiene un efecto real inmediato con la firmeza de la sentencia, lo que significa que el objeto afectado pasa a ser del Estado. Los derechos de terceros sobre el objeto (por ejemplo, pignoraticios) siguen subsistiendo en la exacción de las ganancias y en el comiso punitivo (§§ 73e I 2, 74e II 1) pero no si el comiso es de aseguramiento; pero, incluso, tampoco lo hacen en el de naturaleza punitiva si el tribunal ordena la extinción de aquéllos y el tercero debiera soportar la pérdida de la cosa sin derecho a indemnización alguna (§ 74e II 3 en conexión con el § 74f II núms. 1, 2).

IV. Procedimiento en la pérdida de beneficios y el comiso

La particular naturaleza de las medidas aquí tratada y, especialmente el hecho de que puedan afectar a terceros que no colaboraron en el delito, hace necesaria la existencia de distintas disposiciones especiales sobre la tramitación del proceso penal.

---

[63] Con ello se alude, por ejemplo, a obras que incitan a la alteración de la paz pública (§ 130), que enaltezcan la violencia (§ 131) o de contenido pornográfico violento (§ 184 III). Según el § 6 JÖSchG durante un procedimiento de clasificación que todavía está en marcha no cabe ningún comiso (BVerfGE 87, 209 [232 ss.]).

[64] Por ejemplo, en la distribución de obras pornográficas por correspondencia (§ 184 I núm. 3).

[65] *LK (10.ª)(Schäfer)* § 74d núm. 2; *Schönke/Schröder/Eser*, § 74d núm. 1.

[66] No están incluidas las impresoras, fotocopiadoras y semejantes; *Dreher/Tröndle*, § 74d núm. 9.

1. Si existen claros motivos para suponer que en la sentencia se va a acordar la privación del beneficio o el comiso de un objeto, éste puede ser ya objeto de *aseguramiento* durante la fase de instrucción y, en caso necesario, de incautación (§§ 111b-111d StPO). Si durante el procedimiento se pone de manifiesto que la cuestión de la privación de los beneficios o del comiso podría obstaculizar la continuación del proceso, entonces, bajo ciertos requisitos, puede ser *apartada* de la tramitación del mismo (§§ 430, 442 I StPO); por otra parte, ambas medidas pueden ser recuperadas en un *proceso posterior* a la firmeza de la sentencia si más tarde se comprueba la concurrencia de los requisitos necesarios para su acuerdo (§ 76; acerca del procedimiento § 462 StPO). Caso de que el autor no pueda ser perseguido por razones materiales (por ejemplo, porque no se le localiza), según el § 76a I existe la posibilidad de dictar *aisladamente* las medidas en cuestión (el así denominado proceso objetivo, vid. §§ 440 ss. StPO)[67].

2. Es importante que el propietario de la cosa que va a ser objeto de privación o comiso, en la medida en que aquél no sea el acusado, le sea permitida su *personación en el juicio*. Este aspecto se asegura por medio de una regulación procesal detallada (§§ 431-438 StPO).

3. En la *sentencia* el objeto afectado debe ser descrito de la forma más precisa posible con la finalidad de que en la ejecución posterior no surjan dificultades (BGH NStZ 1993, pág. 95). Esta pueden tener lugar si, por ejemplo, al poseedor le es sustraído el objeto requisado (§ 459g StPO); sin embargo, de acuerdo con los §§ 73a, 74c, para el "comiso" del valor sustitutivo rigen las reglas acerca de la ejecución de la pena de multa con excepción del arresto sustitutorio (§ 459g II StPO).

Capítulo 2: Medidas de corrección y aseguramiento

§ 77 Medidas de seguridad que conllevan privación de libertad

P. Albrecht, Die allgemeinen Voraussetzungen der Anordnung freiheitsentziehender Maßnahmen usw., 1981; *Athen/Böcker,* Maßregelvollzug in Bayern, Forensia 8 (1987) pág. 125; *Bae,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht, 1985; *F. R. Baur,* Der Vollzug der Magregeln der Besserung und Sicherung usw., Diss. Münster 1988;

[67] De acuerdo con el § 76a II 1, la privación asegurativa de los beneficios puede ser acordada aisladamente aún cuando no es posible una persecución penal por motivos *jurídicos* (verbigracia, por incapacidad de culpabilidad del autor).

el mismo, Probleme der unbefristeten Unterbringung und der Entlassungsprognose bei psychisch kranken Tätern (§ 63 StGB), MDR 1990, pág. 473; *Baurrmann,* Zweckrationalität und Strafrecht, 1987; Bericht über die Lage der Psychiatrie (Psychiatrie-Enquête), BT-Drucks. 7/4200; *Bernsmann,* Einige kritische Anmerkungen zum Verhältnis von Grundgesetz und strafrechtlicher Unterbringung usw. en: *Blau/Kammeier* (edrs.), Straftäter in der Psychiatrie, 1984, pág. 142; *Blau,* Regelungsmängel beim Vollzug der Unterbringung gem. § 63 StGB, Festschrift fiir H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1014; *Blau/Kammeier* (edrs.), Straftäter in der Psychiatrie, 1984; *Böhm,* Zur Sozialtherapie, NJW 1985, pág. 1813; *Bruns,* Zur Problematik rausch-, krankheits oder jugendbedingter Willensmängel usw., JZ 1964, pág. 473; *Buchata,* Freiheitsentziehende Maßregeln der Sicherung im polnischen Strafrecht, ZStW 102 (1990) pág. 394; *Busch,* Selective Incapacitation, 1988; *Dessecker,* Hat die strafrechtliche Unterbringung in einer Entziehunganstalt eine Zukunft? NStZ 1995, pág. 318; *Dreher,* Liegt die Sicherungsverwahrung im Sterben) DRiZ 1957, pág. 51; *Eisenberg,* Persönliche Beweismittel in der StPO, 1993; *Ermer-Externbrink* Das psychiatrische Gutachten zur Unterbringung nach § 64 StGB, MschrKrim 1991, pág. 106; Frisch, Prognoseentscheidungen im Strafrecht, 1983; *el mismo,* Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990) pág. 343; *el mismo,* Dogmatische Grundfragen der bedingten Entlassung usw., ZStW 102 (1990) pág. 707; *Frisch/Vogt* (edrs.), Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis, 1994; *Floerecke,* Die Entstehung der Gesetzesnormen zur Führungsaufsicht, 1989; *Gebauer,* Entwicklung und Struktur Ser strafrechtlichen Unterbringungspraxis, en: *Gebauer/Jehle* (edrs.), Die strafrechtliche Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, 1993, pág. 27; *Geilen,* Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt, JuS 1972, pág. 73; *Grünwald,* Sicheverwahrung usw., ZStW 76 (1964) pág. 633; *Hall,* Sicherungsverwahrung und Sicherungstrafe, ZStW 70 (1958) pág. 41; *van den Haar,* Zum Urteil des BVerfG über die Unterbringung usw., NStZ 1995, pág. 315; *Hanack,* Anmerkung zu BGH vom 25.8.1987, JR 1988, pág. 379; *el mismo,* Vier Bemerkungen zur Reform usw., en: *Gebauer/Jehle* (edrs.), Die strafrechtliche Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, 1993, pág. 181; *Hellmer,* Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945, 1961; *el mismo,* Anmerkung zu BGH vom 16.2.1968, JZ 1969, pág. 197; *Höhner,* Verweildauer, Diagnose und Delikte der § 63-Forensik-Patienten usw., MschrKrim 1993, pág. 83; *Horn,* Gesamtwürdigung — Sinn und Unsinn eines Rechtsbegriffs, Gedächtnisschrift für A. Kaufmann, 1989, pág. 573; *Horstkotte,* Die Vorschriften des 1. StrRG über den Rückfall und die Maßregeln usw., JZ 1970, pág. 152; *el mismo,* Strafrechtliche Fragen zur Entlassungspraxis nach § 67d Abs. 2 StGB, MschrKrim 1986, pág. 332; *Jescheck,* Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Allgemeinen Teil des neuen liechtensteinischen Strafgesetzbuchs, SchwZStr 108 (1991) (Festgabe für R. Hauser) pág. 133; *Jung,* Das Ende der Maßregel der sozialtherapeutischen Anstalt JuS 1985, pág. 248; *Kaiser,* Ist das Magnahmensystem im Kriminalrecht noch zu retten? Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 183; *el mismo,* Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990; *el*

mismo, Menschenrechte im Straf-und Maßregelvollzug, Festschrift für R. Schmitt, 1992, pág. 359; *Kammeier* (ed.), Maßregelvollzugsrecht, 1995; *Kögler,* Die zeitliche Unbestimmtheit freiheitsentziehender Sanktionen des Strafrechts, 1988; *Köhler,* Der Begriff der Strafe, 1985; *Konrad,* Zur Begutachtung der Einweisungskriterien usw., StV 1992, pág. 597; *el mismo,* Zur Dauer der Unterbringung im Maßregelvollzug, en: *Jung/Müller-Dietz* (edrs.), Langer Freiheitsentzug-wie lange noch? 1994, pág. 167; *M. Kreuzer,* Institutionelle und organisatorische Probleme des Maßregelvollzugs, en: *Gebauer/Jehle* (edrs.), Die strafrechtliche Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, 1993, pág. 81; *Kühl/Schumann,* Prognosen im Strafrecht, Recht und Psychiatrie 1989, pág. 126; *Laubenthal,* Wege aus dem Maßregelvollzug im psychiatrischen Krankenhaus, Festschrift für F.-W. Krause, 1990, pág. 357; *Less,* Die Unterbringung von Geisteskranken, 1989; *Leygraf,* Psychisch kranke Straftäter, 1988; *el mismo,* Zu den empirischen Grundlagen für fundierte Reformvorschläge, en: *Gebauer/Jehle* (edrs.), Die strafrechtliche Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, 1993, pág. 199; *Marneros* y otros, Motivation und subjektive Einstellung zur Therapie von alkoholkranken Straftätern, MschrKrim. 1993, pág. 169; *Marquardt,* Dogsche und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel, 1972; *H. Mayer,* Behandlung der Rezidivisten (gefährlichen Gewohnheitsverbrecher) im deutschen Strafrecht, ZStW 80 (1968) pág. 139; *Mrozynski,* Krankheit —Hang— schädliche Neigungen, MschrKrim 1985, pág. 1; *Müller/Siadak,* Häufigkeit psychiatrischer Begutachtung im Strafverfahren, MschrKrim 1991, pág. 316; *Müller-Christmann,* Die Maßregeln der Besserung und Sicherung, Jus 1990, pág. 801; *Müller-Dietz,* Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, 1979; *el mismo,* Rechtsfragen der Unterbringung nach § 63 StGB, NStZ 1983, págs. 145, 203; *el mismo,* Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und Verfassung, JR 1987, pág. 45; *el mismo,* Anmerkung zu OLG Celle vom 19.6.1990, NStZ 1991, pág. 358; *Musco,* Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens, ZStW 102 (1990) pág. 415; *Nagy,* Arten und Reform punitiver und nicht-punitiver Sanktionen in Ungarn, en: *Eser/Kaiser/E. Weigend* (edrs.), Vön totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht, 1993, pág. 313; *Neu,* Zur erheblichen Straftat usw., MDR 1972, pág. 915; *Nowakowski,* Die Maßnahmenkomponente im StGB, Festschrift für Ch. Broda, 1976, pág. 193; *Ortmann,* Zur Evaluation der sozialtheraple, ZStW 106 (1994) pág. 782; *Pollähne,* Lockerungen im Maßregelvollzug, 1994; *Rasch,* Die Prognose im Maßregelvollzug als kalkuliertes Risiko, Festschrift für G. Blau, 1985, pág. 309; *el mismo,* Nachruf auf die sozialtherapeutische Anstalt, BewH 1985, pág. 319; *el mismo,* Forensische Psychiatrie, 1986; *el mismo* Voraussetzungen der Unterbringung nach § 64 StGB aus psychiatrischer Sicht usw. Recht, und Psychiatrie 1991, pág. 109; *Rebsam-Bender,* Neuregelung für alkoholabhängige Straftäter?;-NStZ 1995, pág. 158; *Rincke,* Therapeutische Zwangsmaßnahmen beim Magregelvollzug im Psychiatrischen Krankenhaus, NStZ 1988, pág. 10; *Ritzel,* Stand und Entwicklung des psychiatrischen Maßregelvollzugs in Niedersachsen, MschrKrim 1989, pág. 123; *Rottbaus,* Die Sozialtherapeutische Anstalt als Modell usw., en: *Jung/Müller-Dietz* (edrs.), Langer Freiheitsentzug-wie

lange noch?, 1994, pág. 143; *Sagel-Grande,* Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem der Niederlande, ZStW 103 (1991) pág. 732; *Schalast,* Unterbringung in der Entziehungsanstalt, Recht und Psychiatrie 1994, pág. 1; *Schalast/Leygraf,* Maßregelvollzug gemäß § 64 StGB, MschrKrim 1994, pág. 1; *R. Schmitt,* Was hat die Strafrechtsrefonn— von der Zweispurigkeit übriggelassen? Festschrift für Th. Würtenberger, 1977, pág. 277; *Schroth,* Die strafrechtliche Regelung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, Festschrift für H. Schüler-Springorum, 1993, pág. 595; *Schüler-Springorum,* SV ohne Häng? MschrKrim 1989, pág. 147; *V. Schumann,* Psychisch kranke Rechtsbrecher, 1987; *Stree,* Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *Streng,* Vikariierens-Prinzip und Leidensdruck, StV 1987, pág. 41; *Teyssen,* Die Entscheidung über die Aussetzung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus usw., Festschrift für H. Tröndle,-1989, pág. 407; *Ungewitter,* Verfassungswidrigkeit der Anrechnungsversagung, nach § 67 IV 2 StGB, MDR 1989, pág. 685; *Victor,* Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem. Eine schwedische Perspektive, ZStW 102 (1990) pág. 435; *Volckart,* Die Höchstfrist der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, NStZ 1987, pág. 215; *el mismo,* Verteidigung in der Strafvollstreckung und im Vollzug, 1988; *el mismo,* Maßregelvoilzug, 3.ª ed. 1991; *Wagner,* Die neue Entscheidung des BVerfG zur lebenslangen Freiheitsstrafe usw., Recht und Psychiatrie 1992, pág. 131; *Weichert,* Sicherungsverwahrung — verfassungsgemäß? StV 1989, pág. 265; *Weibrauch,* Die materiellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung, NJW 1970, pág. 1897; *Wolfslast,* Rechtliche Grenzen der Behandlung, Zeitschrift für Strafvollzug 1987, pág. 323.

I. Generalidades

1. Con anterioridad ya se expuso la razón por la que el Derecho penal alemán también prevé junto a las penas **medidas de corrección y aseguramiento que no dependen de la culpabilidad** (vid. *supra* § 9 I, II). Aquélla reside en que en muchos casos la misión del Estado consistente en proteger a la colectividad y a los ciudadanos frente a la comisión de delitos[1] no puede cumplirse sólo con ayuda de la pena, pues ésta sólo es impuesta a quienes han cometido los hechos *culpablemente* y su *cuantía* está *limitada* por la medida de la culpabilidad del injusto realizado. Con una indagación más detallada en el proceso penal de las

[1] Subrayando acertadamente que tal función le es atribuible a las medidas de seguridad, *Frisch,* ZStW 102 (1990) págs. 367 ss.; igualmente, *LK (11.ª) (Hanack)* nota preliminar núm. 20antes del § 61; *Roxin,* Allg. Teil I § 3 núm. 57; *Stratenwerth,* Schweiz. Strafrecht Allg. Teil II § 9 núms. 20, 43; críticamente, *P. Albrecht,* Maßregeln págs. 20 ss.; generalmente escépticos frente a la posibilidad de justificar una regulación referida a las medidas de seguridad, *Naucke,* Einführung págs. 112 ss., 120; *NK (Böllinger)* nota preliminar núms. 19 ss. antes del § 61.

circunstancias del hecho y, sobre todo, de la personalidad del autor, a veces se pone de manifiesto que de éste cabe esperar todavía la comisión de delitos graves para cuya prevención resultaría manifiestamente ineficaz una pena adecuada a la culpabilidad. En tales casos se cuenta con la posibilidad de dictar (en el mismo procedimiento en el que se decide acerca del castigo por el delito cometido) verdaderas medidas de seguridad que, conforme a su naturaleza jurídica, son de carácter policial-preventivo, terapéutico o de simple aseguramiento y que son adecuadas para evitar la perpetración de delitos adicionales. Esta combinación de consecuencias jurídicas del delito establece el **sistema de la "doble vía"**.

De la dirección del objetivo al que se dirigen las medidas de seguridad se deduce simultáneamente su limitación interna. Las medidas de corrección y aseguramiento únicamente pueden ser impuestas en la medida en que, *en primer lugar*, no pueda ser alcanzado el objetivo de la prevención individual a través de una pena adecuada a la culpabilidad[2] y, *en segundo lugar*, siempre que esté a disposición una medida idónea. Además, una medida exclusivamente puede ser dictada para evitar *delitos* futuros por parte del condenado y no para lograr su "corrección" moral o para aplicarle una terapia que incluso puede serle útil (vid. BVerfGE 22, 180 [219 ss.])[3]. Así pues, en tanto que la medida de seguridad es necesaria para proteger, frente a la libertad del condenado, el interés —de mayor rango— de la colectividad en la integridad de los bienes jurídicos amenazados, el autor está obligado a asumir la injerencia (adicional) en su libertad[4] que supone la imposición de la medida[5].

2. La conexión de la medida preventiva con el castigo por el delito realizado tiene la ventaja de que hasta cierto punto ambas sanciones pueden "compensarse"

---

[2] Se da por tanto una prioridad en la aplicación de la pena siempre que ésta se encuentre en condiciones de cumplir suficientemente con la finalidad de corrección y aseguramiento; *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 379-381; *Lackner*, § 61 núm. 2.

[3] Vid. *NK (Böllinger)* nota preliminar núms. 19 ss. antes del § 61; *SK (Horn)* § 62 núm. 6.

[4] Que naturalmente no supone un doble castigo dado que no es una sanción por el delito *cometido*; acertadamente, *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 711.

[5] Con acierto *LK (11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 28, 32 antes del § 61. Menos convincente es, por el contrario, el intento de justificar las medidas de seguridad a través de la idea de su merecimiento pues éste presupone un comportamiento *imputable* —que aquí no concurre necesariamente— que fundamenta la pérdida jurídica vinculada con tal pensamiento; en definitiva, también, *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 365 ss.; *LK (11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 29-31 antes del § 61; *Roxin*, Allg. Teil I § 3 núm. 57; *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht Allg. Teil II § 9 núm. 19 (otro criterio ha de mantenerse en relación con la inhabilitación profesional y la privación del permiso de conducir, (vid. *supra* § 9 II 1).

entre sí[6]: dado que la ejecución de una medida también significa para el autor una considerable merma de su libertad, se puede **renunciar** como mínimo a la **ejecución** de una parte **de la pena**, como por regla general sucede según el § 67 I con el internamiento en un hospital psiquiátrico o en un centro de desintoxicación, cuando la medida ha sido ejecutada anticipadamente (§ 67 IV, V).

3. La Ley diferencia entre medidas de seguridad privativas de libertad (§§ 63-66) y otras de carácter correctivo y de aseguramiento[7]. Al igual que con la pena de prisión (§§ 56, 57), en las primeras existe la posibilidad de **suspender condicionalmente** la ejecución bien en el momento que se dictan (§ 67b; esto, sin embargo, no rige para la custodia de seguridad) o bien tras el comienzo de su cumplimiento (§ 67d II) (vid. *infra* § 77 VI 2c).

4. En correspondencia con la finalidad que persiguen las medidas de seguridad privativas de libertad, éstas son dictadas **sin limitación temporal**; sólo deben y pueden ser llevadas a efecto hasta el momento en que desaparece o disminuye sustancialmente el peligro que procede del condenado para bienes jurídicos de importancia, pues de esta manera se ha alcanzado el objetivo de la medida impuesta. No obstante, para el internamiento en un centro de desintoxicación está previsto un plazo máximo de dos años y para la ejecución por primera vez de la custodia de seguridad uno de diez años (§ 67d I 1). Pasado dicho plazo el interno debe ser puesto en libertad y la medida se considera liquidada con independencia de si realmente ha alcanzado o no su objetivo (§ 67d III).

5. En particular, las medidas de seguridad privativas de libertad han sido siempre reforzadas pero en los últimos tiempos han sido objeto de **crítica** ("*crisis de la doble vía*"; vid. *supra* § 9 II)[8].

a) Injustificada es, no obstante, la objeción basada en que las medidas de seguridad contribuirían a una instrumentalización de la persona en tanto que son anudadas a planteamientos utilitaristas del Estado en lugar de a una infracción responsable del Derecho[9]. Y ello porque, ciertamente, las medidas de seguridad no están sometidas al principio de

---

[6] Profundizando en la relación entre la pena y la medida de seguridad *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 355-362; *LK (11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 15 ss., 27, antes del § 61; *Müller-Dietz*, Grundfragen págs. 70-73; *Nowakowski*, Broda-Festschrift pág. 193; vid. también *Müller-Christmann*, JuS 1990, pág. 805.

[7] Acerca de la sistemática vid. *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 67 núms. 5 ss.

[8] Vid. *Kaiser*, Pallin-Festschrift pág. 183; *el mismo*, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990; *LK (11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 13-19 antes del § 61.

[9] En este sentido, sin embargo, *NK (Böllinger)* § 61 núms. 31, 35; vid. también *Köhler*, Der Begriff der Strafe pág. 81.

culpabilidad pero se justifican como reglas necesarias para evitar el peligro existente. La función limitadora de la intervención que desarrolla el principio de culpabilidad en la medición de la pena es asumida en las medidas de seguridad por el **principio de proporcionalidad** que se deduce ya del Derecho constitucional (vid. BVerfGE 70, 297)[10] y que nuevamente es puesto de relieve de forma expresa por el § 62[11]. Esta disposición rige para todas las medidas de corrección y aseguramiento; únicamente en la privación del permiso de conducir no se requiere ningún examen adicional de la proporcionalidad cuando el tribunal ha comprobado que el autor carece de capacidad para conducir vehículos (§ 69 I 2). En los demás casos hay que cuestionarse si la medida de seguridad, de acuerdo con su naturaleza e importancia, se encuentra en una proporción adecuada con el fin que aquélla persigue. Dado que las medidas de seguridad sirven para evitar *futuras* lesiones de bienes jurídicos, finalmente resulta definitiva la importancia de los hechos que pueden ser cometidos y no la de la infracción ya perpetrada; de ahí que no pueda justificarse la imposición de una medida únicamente sobre la base de la gravedad del hecho motivador (vid. BGH 24, 134)[12]. Por lo demás, el principio de proporcionalidad no sólo rige en la decisión acerca de si se ha de *dictar* una medida, sino que también debe ser observado a la hora de resolver sobre la *duración* de la misma (BVerfGE 70, 297 [315]; OLG Karlsruhe NJW 1971, pág. 204)[13].

b) El verdadero **problema** de las medidas de seguridad privativas de libertad reside en la **comprobación de los presupuestos para su aplicación**. Su prescripción sólo es admisible si, primero, es pronosticada la comisión de delitos (de cierta importancia) por el condenado y si, segundo, la medida de seguridad es adecuada para prevenir tales hechos punibles. Los conocimientos de la Criminología moderna dan lugar a un planteamiento escéptico sobre ambos puntos: ni disponemos de métodos seguros para la previsión del comportamiento legal futuro del individuo[14], ni existe un motivo fundado empíricamente que conduzca a confiar en

---

[10] Vid. al respecto *Teyssen*, Tröndle-Festschrift pág. 407.

[11] Sosteniendo con buenos argumentos que el principio de proporcionalidad estaría incluso por encima del de culpabilidad en la limitación de la intervención punitiva, *Baurmann*, Zweckrationalität und Strafrecht págs. 253 ss.; en contra de una comparación de ambos criterios, *LK (11.ª)(Hanack)* § 62 núm. 2. Profundizando en el principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad, *Bae*, Verhältnismäßigkeit págs. 72 ss. Defendiendo que con su actual configuración el § 63 vulnera el principio de proporcionalidad, *Schroth*, Schüler-Springorum-Festschrift págs. 598 ss.

[12] Igualmente, *SK (Horn)* § 62 núms. 3, 5. El delito cometido ("hecho motivador") se erige sólo como un indicio de la peligrosidad futura del autor; *LK (11.ª)(Hanack)* § 62 núm. 11; *NK (Böllinger)* § 62 núm. 6.

[13] *LK (11.ª)(Hanack)* § 62 núm. 6; *Schönke/Schröder/Stree*, § 62 núm. 3.

[14] Sobre este punto vid. *Baur*, MDR 1990, págs. 476 ss.; *Frisch*, Prognoseentscheidungen im Strafrecht págs. 34 ss.; *Frisch/Vogt* (edrs.), Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen

que la estancia que, por ejemplo, se desarrolla en un centro de desintoxicación (§ 64) conducirá a un delincuente alcohólico o drogadicto multirreincidente a un comportamiento adecuado a Derecho[15]. La especial intromisión que siempre está ligada con la adopción de la medida es situada de esta forma sobre una base fáctica muy insegura cuya comprensión debería conducir a una utilización especialmente moderada de las medidas de seguridad privativas de libertad.

Ello influye sobre todo en el **pronóstico** de delitos futuros. La adopción aquí de un internamiento presupone en primer lugar que pueda contarse con que el autor cometerá hechos antijurídicos de "considerable" importancia. Por regla general, bajo los mismos sólo se entienden aquellos delitos que son cometidos empleando violencia o amenaza y no simples infracciones patrimoniales[16]. Esto lo exige ya el principio de proporcionalidad. Asimismo, el análisis del comportamiento que hasta ahora ha desarrollado el autor debe conducir sin la menor duda a la conclusión de que el condenado sólo "superará" determinadas situaciones que pueden repetirse en el futuro mediante un comportamiento delictivo[17]; la mera *posibilidad* de que perpetre otras infracciones o la indicación (desde un punto de vista terapéutico) de un tratamiento psiquiátrico no son suficientes[18]. Finalmente, en lo relativo a la **idoneidad** de la medida de seguridad para la eliminación del peligro, desde un punto de vista práctico puede encontrarse en un

Praxis, 1994; *Kaiser,* Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? págs. 16 ss.; *Kögler,* Die zeitliche Unbestimmtheit freiheitsentziehender Sanktionen des Strafrechts págs. 89 ss.; *Kühl/Schumann,* Recht und Psychiatrie 1989, pág. 126; *Leygraf,* en: *Gebauer/Jehle* (edrs.), Die strafrechtliche Unterbringung pág. 199; *LK (11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 107-127 antes del § 61; *Rasch,* Blau-Festschrift pág. 309; *SK (Horn)* § 61 núms. 7 ss.; *Streng,* Sanktionen págs. 223 ss.

[15] Acerca de los resultados de la investigación sobre el tratamiento vid. *Eisenberg,* Kriminologie § 42 núms. 18, 18 a; *Kaiser,* Kriminologie §§ 114, 116 núms. 62-64.

[16] Vid. *Frisch,* ZStW 102 (1990) págs. 384-386; *Hanack,* en: *Gebauer/Jehle* (edrs.), Die strafrechtliche Unterbringung pág. 183'; *LK (11.ª) (Hanack)* § 63 núms. 45-57; *NK (Böllinger)* § 61 núm. 45. La jurisprudencia ha sostenido desde hace tiempo que el pronóstico de la comisión de simples delitos de bagatela no permite fundamentar la adopción de una medida de seguridad en virtud del § 63; vid. BGH StV 1992, pág. 571; KG StV 1992, pág. 580; referencias adicionales pueden encontrarse en *Dreher/Tröndle,* § 63 núm. 8.

[17] *Frisch,* Prognoseentscheidungen im Strafrecht págs. 80 ss.; *el mismo,* ZStW 102 (1990) págs. 373-376. Por el contrario, en relación con los requisitos para el pronóstico de peligrosidad, la doctrina dominante se sirve de la aplicación del principio "in dubio pro reo"; vid. *LK (11.ª) (Hanack)* nota preliminar núms. 48-50 antes del § 61; *SK (Horn)* § 61 núm. 9.

[18] *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 3 antes del § 61; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 9 antes del § 61.

primer plano la naturaleza asegurativa del internamiento clínico[19]. Sin embargo, en todo caso las medidas de carácter clínico —con excepción únicamente de la custodia destinada al aseguramiento según el § 66— no pueden presentarse desde un principio como reglas terapéuticas que se adoptan sin esperanza alguna en su eficacia; sólo se le puede exigir al autor el cumplimiento de la medida si junto a su padecimiento aparece vinculada la oportunidad de mejorar (vid. BverfGE 91, 1; de modo similar también BGH 37, 373 [374 ss.]; restringidamente OLG Hamburg NJW 1995, pág. 2424)[20]. Para los casos en los que la protección de la colectividad frente a enfermos mentales peligrosos *sólo* se garantiza mediante su custodia asegurativa puede recurrirse a las leyes de los *Länder* en esta materia.

6. Desde una perspectiva de *Derecho comparado* la articulación de las medidas de seguridad no muestra una imagen unitaria. En su "madre patria", Suiza, aquéllas se siguen manteniendo en el Anteproyecto de la Comisión de Expertos (arts. 59-69) y se amplía la medida del tratamiento ambulatorio (art. 67)[21]. El sistema de la doble vía se aplica también, por ejemplo, en Austria (§§ 21-25 österr. StGB), Holanda[22], Polonia[23] y Hungría[24]; también en Italia posee una larga tradición donde, sin embargo, debido sobre todo a defectos en su aplicación en la praxis, se comprueba una "crisis de identidad" [25] de las medidas de seguridad. Por el contrario, en el círculo jurídico anglo-americano [26], en Francia[27] o en Suecia[28], estas últimas son desconocidas como institución con autonomía propia en la prevención de riesgos de relevancia penal.

---

[19] *LK (11.ª)(Hanack)* § 62 núm. 18; *SK (Horn)* § 62 núm. 6.

[20] Asimismo, *NK (Böllinger)* § 63 núm. 103; *SK (Horn)* § 64 núm. 2; también a favor de la preferencia del objetivo del tratamiento *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núm. 2, quien se remite al § 136 StVollzG; cauteloso sin embargo en relación con el § 63 *Kammeier*, en: *el mismo*, (ed.), Maßregelvollzugsrecht núm. B 13.

[21] Acerca del Derecho vigente en Suiza vid. arts. 42 ss. schweiz. StGB, así como *Stratenwerth*, Schweiz. Strafrecht Allg. Teil II §§ 9-14; acerca de la introducción de la doble vía en Liechtenstein *Jescheck*, SchwZStr 108 (1991) (Hauser-Festgabe) págs. 151 ss.

[22] Profundizando en ello *Sagel-Grande*, ZStW 103 (1991) pág. 732.

[23] Vid. *Buchata*, ZStW 102 (1990) pág. 394.

[24] Vid. *Nagy*, en: *Eser/Kaiser/E. Weigend* (edrs.), Von totalitären zu rechtsstaatlichem Strafrecht págs. 327 ss.

[25] Así, *Musco*, ZStW 102 (1990) pág. 426.

[26] Acerca de la solución del problema material en los EE. UU. vid. *Less*, Die Unterbringung von Geisteskranken, 1989.

[27] En este país el art. 131-6 del Código penal prevé no obstante una serie de penas adicionales como la privación del permiso de conducir o de la posesión de armas que también están destinadas a prevenir la peligrosidad; al respecto vid. *Zieschang*, Sanktionensystem págs. 122 ss.

[28] En torno al sistema sueco vid. *Victor*, ZStW 102 (1990) pág. 435.

II. El internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63)

1. a) Esta medida tiene con **finalidad** proteger a la colectividad de peligrosos delincuentes que padecen enfermedades mentales permanentes y que, simultáneamente, ofrecen a éstos la posibilidad de una mejora en su padecimiento (vid. § 136 StVollzG: "El tratamiento del interno en un hospital psiquiátrico depende de criterios médicos. En la medida en que ello sea posible debe ser curado o mejorado en su situación de modo que deje de ser peligroso"). Precisamente con estas personas es clara y especialmente manifiesta la necesidad de una medida de seguridad, pues o no se les puede imponer una pena a causa de su incapacidad de culpabilidad (§ 20) o la pena, debido a la atenuación prevista en el § 21, no ofrece un espacio temporal suficiente para un tratamiento eficaz; además, los establecimientos penitenciarios para personas que padecen graves perturbaciones psíquicas son a todas luces sitios inadecuados de permanencia.

b) No obstante, tampoco la existencia de las medidas de seguridad soluciona realmente los problemas especiales de este grupo de personas doblemente estigmatizado ("criminales y enfermos mentales")[29]: en los hospitales psiquiátricos constituye también un cuerpo extraño que, a causa de las mayores exigencias de seguridad, también es aislado espacialmente y donde tanto los esfuerzos desplegados con el tratamiento de los internos como las posibilidades de éxito del mismo son a menudo considerablemente reducidas[30]. La situación real de la ejecución de la medida de seguridad ha sido en muchas ocasiones objeto de fuertes críticas[31]; ya en el simposio de psiquiatría celebrado en 1978 se trató de su "posición de cola en el ámbito asistencial"[32] y a pesar de los renovados esfuerzos nada parece

---

[29] Vid. *NK (Böllinger)* § 63 núm. 22.

[30] Acerca de la realidad del internamiento en virtud del § 63 vid. las detenidas investigaciones desarrolladas por *Leygraf,* Psychisch kranke Straftäter, 1988 y *V. Schumann,* Psychisch kranke Rechtsbrecher, 1987. Vid., además, *Athen/Böcker,* Forensia 8 (1987) pág. 125; *Blau/Kammeier* (edrs.) Straftäter in der Psychiatrie, 1984; *Gebauer,* en: *Gebauer/Jehle* (edrs.), Die strafrechtliche Unterbringung págs. 27 ss.; *Höhner,* MschrKrim 1993, pág. 83; *Konrad,* en: *Jung/Müller-Dietz* (edrs.), Langer Freiheitsentzug págs. 167 ss.; *NK (Böllinger)* § 63 núms. 5-23; *Ritzel,* MschrKrim 1989, pág. 123.

[31] Vid., por ejemplo, *Blau,* Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1015; *M. Kreuzer,* en: *Gebauer/Jehle* (edrs.), Die strafrechtliche Unterbringung págs. 81 ss.; *Müller-Dietz,* JR 1987, pág. 52; *NK (Böllinger)* § 63 núms. 12-14; *Rasch,* Forensische Psychiatrie pág. 85; profundizando y mostrándose crítico en la mayoría de los asepectos *Volckart,* Maßregelvollzug págs. 26 ss. Acerca de la vigencia de los derechos de la persona en la ejecución de medidas de seguridad vid. *Kaiser,* R.-Schmitt-Festschrift pág. 359.

[32] Psychiatrie-Enquête, BT-Drucks. 7/4200 pág. 281.

haber cambiado sustancialmente [33]. A la vista de esta situación crítica habría que considerar si el internamiento de delincuentes con enfermedades psíquicas o con anormalidades mentales —en especial hay que pensar en los psicópatas que entran dentro del concepto de "otra anomalía psíquica grave" (§ 20)— no debería ser efectuado mejor en los propios establecimientos penitenciarios que en los hospitales psiquiátricos[34].

El internamiento en estos últimos también está previsto en la aplicación del Derecho penal juvenil (§ 7 JGG) y, en verdad, también allí donde conforme al § 3 JGG el joven es responsable pero posee una capacidad de culpabilidad disminuida en el sentido del § 21 (BGH 26, 67). La medida de seguridad sólo debe ser impuesta a un joven cuando si sirve para su curación o asistencia y resulta necesaria (BGH 37, 373).

c) Desde hace varias décadas se viene haciendo uso constante de la medida del § 63: el número de imposiciones oscila anualmente entre las 400 y las 450, cifrándose en un total de 2500 personas la cifra total de internos en estas circunstancias[35]. Despiertan objeciones los largos periodos de duración de estas medidas que (según las distintas investigaciones) alcanzan una media de entre 7 y 10 años, siendo los delincuentes sexuales (no violentos) los que más tiempo deben pasar en el establecimiento donde se ejecuta la medida[36]. En muchos casos la duración de la medida de seguridad del § 63 supera claramente el límite máximo legal de la pena[37]. Bajo tales circunstancias es totalmente comprensible la extendida exigencia de una limitación temporal del internamiento por parte de la Ley[38]. Frente a esta última posibilidad sólo puede hablar como mucho el temor de que la praxis pueda tender también a agotar los límites máximos legales.

---

[33] *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núm. 10; *NK (Böllinger)* § 63 núm. 33.

[34] Vid. al respecto BT-Drucks. 10/5828 pág. 6; *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 3, 4, 127; *NK (Böllinger)* § 63 núms. 64 ss.

[35] Una información numérica detallada puede encontrarse en el trabajo de *Gebauer*, en: *Gebauer/Jehle* (edrs.), Die strafrechtliche Unterbringung págs. 27-32; *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núm. *7; NK (Böllinger)* § 63 núms. 5 ss.; acerca de las diferencias regionales vid. *Müller/Siadak,* MschrKrim 1991, pág. 316. Vid., además, *supra* § 5 V 2.

[36] Pueden encontrarse referencias sobre ello en *Athen/Böcker,* Forensia 8 (1987) págs. 133 ss.; *Konrad,* en: *Jung/Müller-Dietz* (edrs.), Langer Freiheitsentzug págs. 170-172; *Leygraf,* Psychisch kranke Straftäter pág. 116; *LK (11.ª) (Hanack)* § 63 núm. 8; *NK (Böllinger)* § 63 núm. 7.

[37] *Blau,* Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1025; *Horstkotte,* MschrKrim 1986, pág. 332.

[38] Vid., por ejemplo, *Baur,* Der Vollzug der Maßregeln págs. 227 ss.; *Bernsmann,* en: *Blau/Kammeier* (edrs.), Straftäter in der Psychiatrie pág. 142; *Kaiser,* Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? Págs. 36 ss.; *Laubenthal,* Krause-Festschrift págs. 368 ss.; *LK (10.ª) (Horstkotte)* § 67d núm. 8; *Wagner,* Recht und Psychiatrie 1992, pág. 131.

2. El internamiento está supeditado a distintos **requisitos**; éstos se refieren al hecho desencadenante, a la (deficiente) capacidad de culpabilidad del autor y a la puesta en peligro de la colectividad que procede del mismo.

a) En primer lugar, la imposición de la medida de seguridad presupone que el autor haya cometido un **"hecho antijurídico"** en el sentido del § 11 núm. 5. Sin embargo, dada la gravedad de la intervención sobre la libertad del autor que supone el internamiento no es suficiente con la perpetración de delitos leves (BGH 20, 232; BGH GA 1965, pág. 282; NJW 1970, pág. 1242; con un criterio equivocado la BGH 24, 134, se conformó con la realización de un hurto de 100 DM como hecho motivador de la medida)[39]. El requisito de un "hecho antijurídico" es demasiado conciso en tanto que, por ejemplo, permitiría también el internamiento en un hospital psiquiátrico si el autor actúa en estado de necesidad exculpante (§ 35) o si concurre un desistimiento de la tentativa liberador de pena (§ 24). No obstante, en estos casos está excluida la posibilidad de ordenar el internamiento porque sólo puede ser motivo de una medida de seguridad *punitiva* un comportamiento que por sí mismo fundamentaría la punibilidad del autor si su capacidad de culpabilidad no estuviera excluida o, por lo menos, notablemente disminuida (§ 21); el § 63, por tanto, presupone una acción plenamente punible con excepción de la capacidad de culpabilidad del autor (BGH 31, 132 con comentario de *Blau*, JR 1984, pág. 27; BGH NStZ 1991, pág. 528)[40]. Personas que se muestran peligrosas frente a los demás o, incluso, consigo mismas, y que no han cometido una acción punible en el sentido expuesto pueden ser hospitalizadas en hospitales psiquiátricos de acuerdo con las leyes que a tal efecto aprueban los distintos *Länder*.

Problemáticos son los casos en los que el autor, con motivo de su enfermedad mental, se equivoca acerca de la existencia de un elemento del tipo o acerca de los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

Ejemplos: Un artista que padece una enfermedad mental solicita un crédito por un importe muy alto porque a causa de su alucinación cree que va a enriquecerse muy pronto

---

[39] Exigiendo también la concurrencia de un hecho motivador de considerable importancia, *NK (Böllinger)* § 63 núm. 75; *Volckart*, Maßregelvollzug pág. 8; de otra opinión, *Dreher/Tröndle*, § 63 núm. 7; *Schönke/Schröder/Stree*, § 63 núm. 8; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 729; con un criterio diferenciador, *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 77-79 (ciertamente, lo decisivo es la peligrosidad *futura* del autor pero el principio de proporcionalidad debe ser "especialmente perfilado" en relación con el hecho motivador).

[40] *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 31, 34; *NK (Böllinger)* § 63 núm. 74; *SK (Horn)* § 63 núm. 3.

y que podrá pagar la gran suma adeudada (BGH 3, 287); el sujeto que sufre una manía persecutoria golpea a un simple paseante en una supuesta legítima defensa al creer que éste le quería matar (vid. BGH 10, 355).

De acuerdo con la teoría del error aquí mantenida, mientras que en el primer caso está ausente un "hecho antijurídico" por la falta de dolo, en cambio, en el segundo sí concurre en la medida en que el error sólo afecta a la *culpabilidad* dolosa (vid. *supra* §§ 24 III 4c, 41 IV 1d). Por otro lado, no cabe la menor duda de que, a causa de su enfermedad psíquica, en ambos casos los autores son peligrosos, se cumplen además los elementos objetivos de una acción punible y los subjetivos no concurren únicamente por la presencia del trastorno. No obstante, a pesar de que aquí sería materialmente adecuada la imposición de una medida de seguridad en virtud del § 63[41], su aplicación está excluida en el caso del error de tipo por el tenor literal de la disposición mencionada ("hecho antijurídico") y el respeto a la prohibición de analogía[42]. Por el contrario, en el caso de un error de tipo permisivo (y más todavía si el error recae sobre la prohibición o sobre la existencia de causas de exculpación) el autor trastornado se da cuenta de que realiza los elementos del injusto descritos por el tipo penal. De ahí que aquí el límite del tenor literal de la norma no se oponga a la posibilidad de dictar una medida de seguridad que es materialmente exigible (BGH 10, 355)[43], aún cuando el efecto de llamada de la realización del tipo pueda ser más bien ficticio en autores que son enfermos mentales.

b) Además, debe constar que en la comisión del hecho el autor **carecía de capacidad de culpabilidad** (§ 20) o que ésta se encontraba **disminuida** (§ 21). En este último caso el internamiento se aplica junto con la pena y, por regla general, se ejecuta con anterioridad a ésta (§ 67 I).

Ante la duda de si el autor carecía por completo de tal capacidad o si tan sólo padecía una disminución de la misma no le puede ser impuesta una pena, pero sí es admisible la prescripción del internamiento previsto en el § 63 (BGH 18, 167). Por el contrario, si no puede ser aclarado si el autor era plenamente responsable o si tan sólo actuaba con una culpabilidad disminuida, entonces no se plantea la posibilidad del internamiento

---

[41] Mostrándose favorables a la aplicación del § 63 en estos casos, BGH 3, 287; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 716; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 284; *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 25-29; *Schönke/Schröder/Stree*, § 63 núm. 7.

[42] En definitiva, también en este mismo sentido *Blei*, Allg. Teil pág. 433; *Bruns*, JZ 1964, pág. 478; *Dreher/Tröndle*, § 63 núm. 2a; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 68 núm. 7; *NK (Böllinger)* § 63 núm. 72; *SK (Horn)* § 63 núm. 4; *Welzel*, Lehrbuch pág. 264.

[43] *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núm. 32 y la opinión mayoritaria; de otra opinión, *Dreher/Tröndle*, § 63 núm. 2a; *NK (Böllinger)* § 63 núm. 72; *SK (Horn)* § 63 núm. 4.

pues éste queda excluido para personas —circunstancia sobre la que aquí se duda— con plena responsabilidad (BGH 34, 22 [26]; BGH NJW 1983, pág. 350; NStZ 1990, pág. 538). Si el tribunal no puede comprobar si el autor poseía intacta su capacidad de culpabilidad o si ésta se encontraba disminuida y, simultáneamente, tampoco quedan excluidos los requisitos del § 20, entonces ni puede ser ordenada la medida de seguridad ni ser impuesta la pena[44].

La incapacidad de culpabilidad debe descansar sobre una situación de trastorno psíquico de larga duración y no meramente sobre un arrebato puntual; esto también se deduce del hecho de que el pronóstico sobre la comisión de delitos adicionales debe derivarse de la "situación" del autor (BGH StV 1990, pág. 260; NStZ 1993, pág. 181)[45]. Sin embargo, el autor no necesita padecer una enfermedad mental en sentido médico; también otras deficiencias psíquicas (por ejemplo, la psicopatía) que excluyen la culpabilidad pueden fundamentar el internamiento (BGH 34, 22 [27 ss.]; BGH NStZ 1990, pág. 122)[46]. Para personas alcohólicas sólo se plantea el internamiento en un hospital psiquiátrico en casos muy raros y excepcionales, puesto que con el § 64 se dispone de una medida que por regla general es mucho más adecuada y que además resulta ser menos gravosa; ello sucede, por ejemplo, cuando concurre una sensibilidad patológica extraordinaria frente al consumo de cantidades de alcohol muy pequeñas (BGH 10, 57; 34, 313; BGH *Detter*, NStZ 1989, pág. 471; vid. también BGH JR 1995, pág. 115 con comentario de *Blau*)[47].

c) Decisivo para la cuestión del internamiento es la mayoría de las veces el **pronóstico** de que "como consecuencia de su situación, se espere la comisión de hechos antijurídicos de importancia" por parte del autor[48]. La grave injerencia en la libertad personal ligada al internamiento sólo es exigible al autor incapaz de culpabilidad o a quien padece una limitación de la misma, cuando sin el internamiento fueran inminentes graves lesiones de bienes jurídicos (en relación con el pronóstico procedente de la jurisprudencia vid. BGH NStZ 1991, pág. 528; NJW 1992, pág. 1570; NStZ 1993, pág. 78, así como *supra* § 77 I 4b); esto es especialmente válido debido a que las posibilidades terapéuticas en la ejecución de la

---

[44] Crítico al respecto, *Geilen*, JuS 1972, pág. 75.

[45] Debe producirse, pues, una conexión interna entre la perturbación psíquica y los delitos futuros con cuya comisión se cuenta; BGH StV 1984, pág. 508; NStZ 1991, pág. 528; *NK (Böllinger)* § 63 núm. 82.

[46] Igualmente, *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 67-73.

[47] Profundizando en ello *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 67-73.

[48] El pronóstico debe realizarse sobre la base de una "valoración global del hecho y del autor"; vid. sobre ello BGH NStZ 1990, pág. 122; 1992, pág. 538; crítico Horn, A. Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 573.

medida de seguridad son muy limitadas, siendo así que de hecho aquélla se limita a la mera reclusión del autor. De ahí que la probabilidad de comportamientos simplemente molestos (por ejemplo, insultos, pequeños hurtos o defraudaciones leves) no pueden en ningún caso fundamentar la imposición de la medida (BGH 20, 232; BGH NJW 1989, pág. 2959; NStZ 1992, págs. 173, 178; 1995, pág. 228). Como mucho, en casos muy excepcionales puede considerarse proporcionado el internamiento del autor ante el peligro de que cometa delitos no violentos contra la propiedad o el patrimonio que posean una "gravedad media" (demasiado lejos van las BGH 27, 246 [247 ss.]; BGH MDR 1989, pág. 1051)[49].

Junto al pronóstico de delitos de importancia debe ser comprobado que el autor es peligroso "para la colectividad". Sobre la base de este criterio deben ser excluidos —frente a la opinión mayoritaria (BGH 26, 321; 34 22 [28 ss.][50])— los casos en los que las intenciones criminales del autor se dirigen sólo contra una persona (vgr., contra su mujer)[51]; en estos casos el peligro puede ser evitado la mayoría de las veces de una forma distinta que con el internamiento del autor durante un periodo indeterminado de tiempo. Por lo demás, tienen preferencia medidas menos lesivas pero de la misma eficacia preventivo-especial como, por ejemplo, un tratamiento psiquiátrico ambulante (vid. OLG Stuttgart JZ 1961, pág. 53)[52]; es objeto de discusión si el internamiento practicado conforme a la normativa correspondiente de los *Länder* constituye una medida más leve[53].

3. Si se cumplen los requisitos del § 63 es **obligatoria** la adopción del internamiento (vid. BGH 37, 373 [374]). El Derecho vigente prevé una *duración* concreta de esta medida; el internamiento debe terminar cuando ya no sea necesario para la finalidad de aseguramiento (BVerfG NJW 1995, pág. 3048). No obstante, con carácter anual el tribunal debe examinar si el internamiento no puede ser suspendido condicionalmente (§ 67e I, II). La ejecución de la medida se rige por las leyes de los distintos *Länder*[54]. En éstas también se encuentra

[49] Tienden acertadamente hacia este criterio *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 53 ss.; *SK (Horn)* § 63 núm. 12.

[50] *Lackner*, § 63 núm. 7; *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 59, 59a; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 68 núm. 4; *Schönke/Schröder/Stree*, § 63 núm. 16; *SK (Horn)* § 63 núm. 13.

[51] En el sentido del texto *Dreher/Tröndle*, § 63 núm. 10; *NK (Böllinger)* § 63 núms. 80 ss.

[52] De acuerdo con el planteamiento más correcto no debe tener lugar la *prescripción* de la medida (y no sólo su ejecución); *LK (11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 60 ss. antes del § 61, así como § 63 núm. 83.

[53] Profundizando en esta cuestión *LK (11.ª)(Hanack)* § 63 núms. 99-118.

[54] Tales leyes se encuentran recogidas en *Kammezer* (ed.), Maßregelvollzugsrecht págs. 409 ss., así como en

regulada —aunque de forma diversa— la importante cuestión relativa a en qué medida el interno puede ser sometido a medidas terapéuticas sin su aprobación[55].

4. Al llevarse a cabo un proceso penal contra el autor, la medida de seguridad —tras la consulta a un especialista (§ 246a StPO)— se dicta por medio de la sentencia. Si desde un primer momento se prevé que no va a tener lugar un pronunciamiento sobre la culpabilidad del autor por la incapacidad de éste, entonces pueden ser llevados a cabo para estos casos procedimientos asegurativos ya previstos (§§ 413-416 StPO)[56] con el objetivo de lograr el internamiento (§ 71 I).

III. El internamiento en un centro de desintoxicación (§ 64)

1. A través de la configuración de esta medida el legislador ha querido expresar su idea de que en ella se encuentra en un **primer plano la finalidad correctiva** y no la de aseguramiento: en virtud del § 64 II su adopción no debe tener lugar si "desde un principio la cura de desintoxicación carece de expectativas de éxito"; según el § 67d V el tribunal también puede interrumpirla posteriormente si tal objetivo no puede ser alcanzado. En una sentencia del año 1994 (BVerfGE 91, 1) el Tribunal Constitucional ha señalado que la protección del derecho fundamental a la libertad (art. 2 II 2 GG) exige un ajuste todavía más intenso del internamiento a la idea de tratamiento y, por ello, declaró parcialmente inconstitucional los §§ 64 I, 67 IV 2, 67d V)[57]. Dado que de acuerdo con la visión defendida por dicho Tribunal, el internamiento en un centro de desintoxicación sólo puede ser adoptado si, por medio del *tratamiento* (y no a través del simple encierro del autor), aquél es adecuado para conseguir la protección de la colectividad, la medida exige la comprobación positiva por parte del tribunal de que en el autor se da una "expectativa lo suficientemente concreta de éxito con el tratamiento"; no es suficiente con que el § 64 II aluda a la inaplicación de la medida ante la "falta

---

Volckart, Maßregelvollzug págs. 177 ss.

[55] Vid., por ejemplo, para *Baden-Württemberg* § 18 UnterbringungsG de 11.4.1983 (GBl. BW 1983 pág. 133), para *Nordrhein-Westfalen* § 15 Maßregelvollzugsgesetz de 18.12.1984 (GV NW 1985 pág. 14); sobre ello vid. también *NK (Böllinger)* § 63 núms. 49-55; *Rincke*, NStZ 1988, pág. 10; *Volckart*, Maßregelvollzug págs. 105 ss.; *Wolfslast*, ZfStrVo 1987, pág. 323.

[56] Sobre este punto vid. *Eisenberg*, Persönliche Beweismittel núms. 1314-1320.

[57] Abiertamente en contra de esta sentencia *Dreher/Tröndle*, § 64 núms. 1a-1e; de acuerdo con su tendencia básica *van der Haar*, NStZ 1995, pág. 315; *Lackner*, § 64 núm. 1. Con anterioridad ya en el sentido de la BVerfGE 91, 1, *SK (Horn)* § 64 núm. 2; por el contrario, a favor de la igualdad de rango con la finalidad de aseguramiento, *LK (11.ª)(Hanack)* § 64 núms. 3-6.

de expectativas" del tratamiento (BVerfGE 91, 1 [30 ss.])[58]. En coherencia con ello, el internamiento también ha de ser suspendido *inmediatamente* cuando se compruebe que no está en condiciones de conseguir la curación o una mejora en la adicción. Por este motivo, el plazo de espera de un año contenido en el § 67d V 1 ha sido declarado inconstitucional (BVerfGE 91, 1 [34]).

2. El internamiento en centros de deshabituación ha adquirido una importancia creciente en los últimos años. En el año 1991 dicha medida fue adoptada en 626 casos y a tal fecha se encontraban internadas en virtud del § 64 un total de 1160 personas[59]. Entre ellas, predominaban los adictos al alcohol frente a quienes estaban sometidos a la dependencia de las demás drogas[60]. A la vista del gran número de adictos al consumo de drogas tóxicas en el conjunto de la población y, en particular, dentro del mundo de la delincuencia, resulta sorprendente el uso relativamente escaso que se hace de esta medida. Esto puede estar relacionado, entre otros factores, con las pocas posibilidades que existen en torno a la eficacia de la terapia y, especialmente, con las deplorables condiciones en las que se ejecuta la medida[61].

3. Los **requisitos del internamiento** en el centro de desintoxicación están estructurados de forma similar a los exigidos para la medida contenida en el § 63 (vid. *supra* § 77 II 2) aunque, naturalmente, aparecen formulados de un modo parcialmente distinto [62].

a) El autor debe tener "*propensión*" a ingerir en exceso bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagadoras. El concepto de "propensión" se corresponde con el de adicción[63]; por tanto, el autor debe depender física y psíquicamente del consumo de estupefacientes de tal forma que cada vez le sea más difícil poder

---

[58] Entre otras cosas, resulta criticable en este pronóstico la previsión de la disponibilidad del autor al tratamiento que es el último e irrenunciable requisito para una terapia exitosa; vid. al respecto, *Marneros* y otros, MschrKrim 1993, pág. 169. Acerca de las condiciones adicionales vid. *LK (11.ª)(Hanack)* § 64 núms. 93-100c.

[59] Pueden encontrarse indicaciones numéricas respecto de años anteriores en *Kaiser*, Kriminologie pág. 951; *NK (Böllinger)* § 64 núms. 3 ss. Vid., además, *supra* § 5 V 2.

[60] Vid. la información suministrada por *Schalast*, Recht und Psychiatrie 1994, pág. 3.

[61] La ejecución está regulada por la legislación de los distintos *Länder*; vid. *supra* nota a pie núm. 55. Explícito en cuanto a la realidad de la ejecución *Schalast*, Recht und Psychiatrie 1994, págs. 1-4; vid. también *Dessecker*, NStZ 1995, pág. 318; *LK (11.ª)(Hanack)* § 64 núm. 17. Para los drogadictos existe por lo demás la posibilidad de tratamiento en virtud de los §§ 35, 36 BtMG, frente a la cual, no obstante, posee preferencia el § 64 (BGH StV 1993, pág. 302).

[62] Acerca de tales requisitos desde una perspectiva psiquiátrica *Rasch*, Recht und Psychiatrie 1991, pág. 109.

[63] *NK (Böllinger)* § 64 núm. 86; *Rasch*, Recht und Psychiatrie 1991, pág. 110; profundizando en torno al concepto de propensión *LK (11.ª)(Hanack)* § 64 núm. 41.

dominar el ansia por su ingesta (vid. BGH 3, 339; BGH *Holtz* MDR 1989, pág. 857; BGH NStZ 1993, pág. 339)[64].

b) De forma diversa a como sucedía en el § 63, el *hecho desencadenante* puede ser cometido en situación de plena capacidad de culpabilidad (como es el caso, por ejemplo, de la criminalidad de aprovisionamiento; vid. BGH NJW 1990, pág. 3282; MDR 1990, pág. 886); pero, por otra parte, el internamiento en el centro de deshabituación también puede ser ordenado cuando en virtud del § 20 no se plantea un castigo de la conducta del autor. El hecho motivador debe, como mínimo, descansar sintomáticamente sobre la dependencia al consumo de droga (BGH *Dallinger* MDR 1971, pág. 895); no es suficiente con un encuentro casual entre el delito y la dependencia de las sustancias estupefacientes (por ejemplo, cuando en el proceso penal dirigido contra un estafador se comprueba su adicción a las mismas), pues no puede ser misión de las medidas de seguridad de naturaleza penal forzar a someterse a tratamientos terapéuticos que no son precisamente necesarios como reacción a la peligrosidad criminal evidenciada[65].

c) Finalmente, debe existir el *peligro* de que el autor, a causa de su propensión, cometa también en el futuro delitos de importancia[66]. Hay que contestar negativamente a la discutida cuestión de si, en relación con la seguridad del pronóstico y de la importancia de los delitos cuya comisión se espera, son aquí planteables menores exigencias que en el internamiento en un hospital psiquiátrico [67], pues la estancia en este tipo de establecimientos también puede ser muy larga[68] y porque aquí las expectativas de curación, a pesar de la intención terapéutica de la medida, no son sustancialmente más favorables que en el internamiento acordado en virtud del § 63 [69].

---

[64] Además, la dependencia del autor por el disfrute de la droga debe ser "excesiva", esto es, en una medida que resulte dañina para su salud; *LK (11.ª)(Hanack)* § 64 núm. 41.

[65] *NK (Böllinger)* § 64 núm. 91; *SK (Horn)* § 64 núm. 7.

[66] Este pronóstico se formula regularmente con ayuda de especialistas (§ 246a StPO). Acerca de la frecuente insuficiencia de los dictámenes periciales en este ámbito vid. *Ermer-Externbrink*, MschrKrim 1991, págs. 109 ss.; *Konrad*, StV 1992, pág. 597; *Schalast/Leygraf*, MschrKrim 1994, pág. 1.

[67] A favor de esta tesis *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil págs. 286 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 64 núm. 6; *Lackner*, § 64 núm. 5; *Streng*, Sanktionen pág. 138; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 732; la BGH NStZ 1994, 30 (31) manifiesta su escepticismo en torno a la posibilidad de diferenciar el grado de probabilidad. No es suficiente el peligro de que el autor adquiera en el futuro pequeñas cantidades para su propio consumo.

[68] Según la BGH 37, 160, esta medida también puede ser impuesta junto a la cadena perpetua; su duración es por tanto ilimitada de acuerdo con el § 67d I 3.

[69] Atendiendo a la importancia concreta de la intromisión que supone la medida en relación

4. La **adopción** de la medida de seguridad es **obligatoria** cuando se cumplen sus requisitos, especialmente cuando existe la expectativa concreta de éxito en el tratamiento del adicto (BVerfGE 91, 1). Junto a este requisito de la comprobación positiva de una eficacia que, como mínimo, ha de ser posible y que se deriva de la interpretación conforme a la Constitución del § 64 I, ya no debería desempeñar ningún papel el § 64 II. La **duración** de la ejecución material de la medida[70] está limitada a dos años por el § 67d I 1, y ello aún cuando con anterioridad a la terminación de la misma sea nuevamente ordenado un internamiento de acuerdo con el § 64 (§ 67f)[71]. No obstante, el § 67d I 3 contiene una importante restricción en atención a una terapia útil que necesariamente ha de estar limitada en el tiempo[72]: según dicha disposición la duración máxima del internamiento en el caso habitual en el que la medida se ejecuta con anterioridad a una pena de prisión impuesta simultáneamente, se compone de la suma entre los dos años de duración y los dos tercios de la pena de prisión a la que también fue condenado[73].

IV. El internamiento en un centro de terapia social

En la Reforma del Derecho penal de 1969 el centro de terapia social fue considerado como el núcleo central del nuevo Derecho sancionador. Sin embargo, la disposición habilitada para ello (§ 65) nunca ha llegado a entrar en vigor. Incluso, en el año 1984 fue formalmente derogada; actualmente, el establecimiento de terapia social es sólo una forma especial de ejecución de la pena de prisión (acerca de los motivos que fundamentaron una decisión de esta naturaleza vid. *supra* 9 I 2)[74] que se encuentra regulada en el § 9 StVollzG[75]. A diferencia de la anterior medida prevista en el § 65, actualmente

---

con los delitos que se espera sean cometidos *LK (11.ª)(Hanack)* § 64 núms. 73 ss. y *NK (Böllinger)* § 64 núm. 108. En el sentido del texto *SK (Horn)* § 64 núm. 13.

[70] No se tiene en cuenta el tiempo el periodo en el que la medida se encontraba suspendida condicionalmente (§ 67d II); *Lackner*, § 67d núm. 2.

[71] Acerca del efecto que despliega el § 67f vid. *LK (11.ª)(Horstkotte)* § 67f núms. 4, 6.

[72] Desde la perspectiva de la práctica, a favor de un límite máximo *absoluto* de dos años en el internamiento *Rasch*, Recht und Psychiatrie 1991, pág. 113; también en contra de una combinación del § 64 y una pena de prisión larga *Rebsam-Bender*, NStZ 1995, pág. 159.

[73] La forma de llevar a cabo el cálculo en el caso concreto es discutida; en el sentido del texto OLG Frankfurt NStZ 1993, pág. 454; *Dreher/Tröndle*, § 67d núm. 3a; *Lackner*, § 67d núm. 2; de otra opinión (situando la duración máxima en cuatro años) *SK (Horn)* § 67d núm. 5; *Volckart*, NStZ 1987, pág. 215.

[74] Vid. BT-Drucks. 10/309 y 10/2213; *Böhm*, NJW 1985, pág. 1813; *Jung*, JuS 1985, pág. 248; *Rasch*, BewH 1985, pág. 319; una visión acerca de la práctica actual puede verse en *Rotthaus*, en: *Jung/Müller-Dietz* (edrs.), Langer Freiheitsenzug pág. 143.

[75] Ténganse en cuenta las modificaciones operadas por la SexualdelBekG de 26.1.1998

el traslado a un centro de terapia social está supeditado a la aprobación del director del mismo (§ 9 II StVollzG); con ello se evita que los establecimientos se sobrecarguen con personas especialmente problemáticas que, por otra parte, sin embargo, están necesitados de una ayuda especial en la aplicación de la terapia social[76]. En cualquier caso, los actuales centros, con sus experiencias y sus posibilidades terapéuticas especiales, deberían ser mantenidos y ampliados[77].

V. El internamiento bajo custodia de seguridad (§ 66[78])

1. Esta clase de internamiento es la **"última medida de seguridad de la Política criminal"** (BT-Drucks. V/4094 pág. 19) para proteger a la colectividad frente a delincuentes multirreincidentes de los que puede esperarse la comisión de otros delitos graves tras el cumplimiento de una pena larga de prisión y respecto a los cuales no se plantea un tratamiento curativo[79]. Lo característico y, simultáneamente, el problema de esta medida reside en que está destinada casi exclusivamente a una finalidad asegurativa o, lo que es lo mismo, a la simple reclusión del autor[80]; sin embargo, ello no es obstáculo para que deban ser emprendidos esfuerzos dirigidos a la resocialización del interno (vid. §§ 129 I 2, 134 StVollzG).

La custodia de seguridad, que al igual que el resto de las medidas fue introducida en el año 1933, fue aplicada frecuentemente en tiempos del III *Reich* a delincuentes de todo tipo[81]. Con posterioridad a 1945 los tribunales mostraron una mayor reserva en su apli-

(BGBl. I pág. 160), en la que se intensifica la supervisión penitenciaria de delincuentes sexuales en los centros de terapia social (al respecto, consúltense los vigentes §§ 6 II 2, 7 IV, 9, 1999 StVollzG) (N del T).

[76] Vid. al respecto *Calliess/Müller-Dietz*, § 9 StVollzG núms. 6, 10.

[77] Resumidamente, acerca de los resultados del tratamiento con la terapia social *Ortmann*, ZStW 106 (1994) pág. 782, con referencias de investigaciones adicionales en pág. 818, nota a pie núm. 35. En *Suiza*, el Anteproyecto de Código penal de la Comisión de Expertos prevé en su art. 64 como medida de seguridad el internamiento en un establecimiento de terapia social, aunque lo restringe para los adultos de hasta 30 años de edad.

[78] Téngase en cuenta, con carácter general, la reforma operada sobre esta importante medida por la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160) (N del T).

[79] *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 724; *Lackner*, § 66 núm. 1; *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 1; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 2.

[80] De ahí que *Maurach/Gössel/*Zipf, Allg. Teil II § 68 núm. 22, hable de la "crisis que por principio padece la custodia de seguridad"; a favor de su derogación, sin más, *NK (Böllinger)* § 66 núm. 41.

[81] Ya en 1934 la custodia de seguridad fue impuesta a 3723 personas y en 1940 a un total de 1916; ésta y otras informaciones adicionales pueden encontrarse en *Hellmer*, Der Gewohnheitsverbrecher págs. 442 ss.

cación, sopesando así la importancia de la libertad ante la gravedad de una intervención practicada con independencia de la culpabilidad por el hecho[82]. La custodia de seguridad se destinó mayoritariamente a autores procedentes de la criminalidad patrimonial de tipo medio que reincidían continuamente y no sólo a delincuentes de gran peligrosidad[83]. Por medio de las sucesivas reformas del Derecho penal no se elevaron sustancialmente las exigencias para proceder a la imposición en la condena de la custodia de seguridad. Desde entonces, el **número** de imposiciones ha **retrocedido** fuertemente; en el año 1991 tan sólo fueron condenados a esta medida 38 personas y, a tal fecha, existían un total de 187 internos que cumplían con la misma [84]. No obstante, esta figura permanece como un importante prototipo de una medida que político-criminalmente sólo está destinada al simple aseguramiento[85].

En numerosas ocasiones se ha puesto en duda la **constitucionalidad** de la custodia de seguridad [86]. Sin embargo, como tal, el *concepto* legislativo del § 66 no vulnera la dignidad de la persona, pues para la prevención de riesgos inminentes para bienes jurídicos de importancia que poseen un mayor rango también deben ser admitidas injerencias en la libertad del individuo; además, tampoco se produce una vulneración del principio de determinación a pesar de que el concepto de "propensión a la comisión de delitos de importancia" necesite ser objeto de una interpretación más precisa. Y mucho menos se da una —por otra parte inadmisible— doble valoración puesto que la custodia de seguridad no pretender ser un mal punitivo [87]. Una cuestión distinta es, naturalmente, si en el caso concreto son garantizados los rigurosos requisitos de la *proporcionalidad* y si las *condiciones de ejecución* no traspasan el límite del trato inhumano (art. 104 I 2 GG; vid. también el art. 3 EMRK) [88].

---

[82] Vid. al respecto *Dreher*, DRiZ 1957, pág. 52.

[83] *Grünwald*, ZStW 76 (1964) págs. 643 ss.; vid. además las referencias contenidas en *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núms. 25 ss.

[84] *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Serie 3: Strafverfolgung 1991, 1993, págs. 70 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 66 núm. 2. Referencias adicionales acerca del desarrollo cuantitativo de la custodia de seguridad en *Weichert*, StV 1989, págs. 267 ss.

[85] Desde el año 1995 la custodia de seguridad también es aplicable a delitos que son cometidos en los nuevos *Länder* después de que el Tratado de Unificación Alemana hubiera dispuesto que esta medida no sería adoptada en los territorios de nueva incorporación (§ 1a en su redacción anterior del EGStGB).

[86] *Hall*, ZStW 70 (1958) pág. 54; *H. Mayer*, Lehrbuch pág. 380; últimamente, *NK (Böllinger)* § 66 núms. 33 ss., 39; *Weichert*, StV 1989, págs. 270-273; mostrando también sus dudas *LK (11.ª) (Hanack)* § 66 núms. 22, 22a.

[87] *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 361 ss.; de otra opinión, *Weichert*, StV 1989, págs. 270 ss.

[88] Por una línea similar camina la evaluación de *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 Rdn. 22a; *Streng*, Sanktionen pág. 152. La BVerfGE 2, 118, ha rechazado la inconstitucionalidad de la custodia de

2. Hay que distinguir entre la custodia de seguridad preceptivamente impuesta a delincuentes con varias *condenas previas* (§ 66 I) de aquella otra que permanece a discrecionalidad del tribunal para autores que han cometido varios *delitos previos* (§ 66 II)[89]. De acuerdo con el § 66 I deben cumplirse **cuatro requisitos** para la adopción de esta medida:

a) En primer lugar, el autor debe haber sido ya *condenado dos veces* por un delito doloso a una pena de prisión de, como mínimo, un año[90]. En este punto, de acuerdo con el § 66 III[91] 1, la condena a una pena global en virtud del § 54 o § 55 se considera como una única pena (vid. BGH 30, 220); no obstante, al menos una de las penas que se integran en la de carácter global debe alcanzar un año de prisión (BGH 24, 243 [245]; 34, 321)[92]. Dado que la adopción obligatoria de

---

seguridad; igualmente, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 711; *Dreher/Tröndle,* § 66 núm. 2; *Lackner,* § 66 núm. 1; *Schönke/Schröder/Stree,* § 66 núm. 3; *SK (Horn)* § 66 núm. 2; *Stree,* Deliktsfolgen pág. 223.

[89] En este punto es importante hacer mención a la reforma introducida por la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160) con la que a través de la incorporación de un nuevo § 66 III (el anterior apartado III pasa a ser el actual IV) se amplían notablemente los supuestos en los que el tribunal puede acordar *discrecionalmente* la custodia de seguridad. Y así, de conformidad con el vigente § 66 III: "Si alguien es condenado a una pena de al menos dos años de prisión por la comisión de un delito grave, de un hecho punible tipificado en los §§ 174 a 174c, 176, 179 I-III, §§ 180, 182, 224, 225 I, II, o en el § 323a siempre que, en este último caso, el hecho cometido en estado de embriaguez constituya un delito grave o un hecho antijurídico de los citados anteriormente, el tribunal podrá acordar junto a la ejecución de la pena la de la custodia de seguridad si, con anterioridad al nuevo delito cometido, el autor ha sido ya condenado por la comisión de uno o varios hechos punibles de los mencionados anteriormente a una pena de prisión de, como mínimo, tres años de duración y siempre que se cumplan los requisitos mencionados en el apartado primero, números 2 y 3 de esta disposición. Cometiendo el autor dos hechos punibles de los mencionados en este apartado que, respectivamente, estén castigados con una pena de al menos dos años de prisión y si, a causa de ello, es condenado a una pena de, como mínimo, tres años de prisión, entonces el tribunal podrá acordar también junto a la pena el internamiento bajo custodia de seguridad sin necesidad de que haya sido objeto de condenas anteriores o de que haya sufrido privación de libertad (apartado primero, números 1 y 2) y siempre que concurran los requisitos mencionados en el apartado primero, número 3 de esta disposición. Los apartados 1 y 2 no quedan afectados por esta posibilidad" (N del T).

[90] Sin embargo, para *Frisch,* ZStW 102 (1990) págs. 374 ss., una segunda o tercera condena no debe ser suficiente para poder afirmar la ausencia de la capacidad para cumplir las normas de un autor plenamente responsable.

[91] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 66 IV (N del T).

[92] Igualmente, *Dreher/Tröndle,* § 66 núms. 4, 5; *Horstkotte,* JZ 1970, pág. 155; *Lackner,* § 66 Rdn. 5; *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 32; *NK (Böllinger)* § 66 núm. 51; *Schönke/Schröder/Stree,* § 66 núm. 10; *SK (Horn)* § 66 núm. 8. Si el autor es condenado exclusivamente a cadena perpetua no se plantea la custodia de seguridad (¡según el § 67 I hay que ejecutarla junto a la pena!); esto

la custodia de seguridad sólo está justificada cuando el autor ha hecho caso omiso de las advertencias vinculadas jurídicamente con las condenas previas, se exige que el nuevo delito fuera cometido después de que fuera firme la condena por el hecho precedente (BGH 35, 12; 38, 259)[93]. También se consideran condenas previas la imposición de penas juveniles (BGH StV 1989, 247 [248]), así como la condena en el extranjero por un delito (según el enjuiciamiento conforme al Derecho alemán) doloso (§ 66 III 5[94]).

b) Conforme al § 66 I núm. 2 se exige además que el autor haya estado ya, como mínimo, *dos años en prisión* o en un establecimiento donde se ejecutan medidas de seguridad privativas de libertad. En este punto rige también como cumplimiento previo a tener en cuenta la prisión preventiva (§ 51) abonada a una pena de prisión que no ha sido objeto de suspensión condicional (§ 66 III 2)[95]. El cumplimiento de dos años de duración puede derivarse también de la acumulación de varios periodos cortos de internamiento[96], pero en este caso al menos dos de las penas que sirven de base deben haberse dictado, como mínimo, por un año de prisión.

c) Tras las dos condenas previas firmes y el cumplimiento de por lo menos dos años de prisión, el autor debe haber cometido un nuevo delito doloso en cuya virtud se le imponga, al menos, una *pena de dos años de prisión*. Si el pronunciamiento se refiere a una pena global entonces esta última debe comprender una pena individual de, como mínimo, dos años de prisión (BGH NJW 1972, pág. 384).

d) Finalmente, de la valoración conjunta del autor y de sus delitos debe derivarse el pronóstico de que cometerá delitos adicionales de importancia y que, de

---

no rige si el autor, *además*, ha sido condenado a una pena de prisión temporal de, como mínimo, dos años de duración (BGH 33, 398; BGH NJW 1985, pág. 2839; NStZ 1987, 83 [84]).

[93] Igualmente, BT-Drucks. V/4094 pág. 19; *Horstkotte*, JZ 1970, pág. 155; *Lackner*, § 66 núm. 5; *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 30; *NK (Böllinger)* § 66 núm. 53; *SK (Horn)* § 66 núm. 6; de otra opinión, *Dreher/Tröndle*, § 66 núm. 5a; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 7; *Streng*, Sanktionen pág. 149.

[94] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 66 IV 5. En este punto, además, la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160) ha completado el último inciso del precepto recién mencionado incorporando la posibilidad de considerar también como condena previa las sentencias que en este sentido se dicten por la comisión en el extranjero de alguno de los hechos punibles mencionados en el nuevo § 66 III (N del T).

[95] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 66 IV (N del T).

[96] *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 36; *NK (Böllinger)* § 66 núms. 62 ss. (con la exigencia de que se incremente el límite de los dos años); *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 14.

este modo, es "*peligroso para la colectividad*". La Ley aclara por medio de ejemplos lo que ha de entenderse por delitos "de importancia": debe tratarse de hechos por medio de los cuales la víctima resulte dañada psíquica o corporalmente, o que le ocasionen un grave perjuicio económico (§ 66 I núm. 3). Ciertamente, no se trata de una enumeración cerrada (BGH 24, 153 [154 ss.]) pero, si se teme el menoscabo por parte del autor de otros bienes jurídicos, también la dañosidad social de los delitos vaticinados ha de ser considerable [97]. En relación con el pronóstico, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria no plantean exigencias muy rigurosas: ya la "probabilidad" de que el autor cometerá delitos adicionales cuya suma provoque considerables perjuicios económicos debe bastar para la adopción de la custodia de seguridad, incluso aunque el hecho concreto no sobrepase el ámbito de la criminalidad media (BGH 24, 153 [155]; BGH NJW 1980, pág. 1055; NStZ 1988, pág. 496) [98]; los delitos de bagatela no bastan por sí mismos para fundamentar la medida de seguridad (BGH 24, 153 [155]; OLG Hamm NJW 1971, pág. 205). Sin embargo, esta interpretación no se ajusta a la importancia de la medida. Una reclusión del autor de hasta diez años de duración (§ 67d I [99]) sólo puede justificarse sobre la base de su peligrosidad si, en otro caso, puede contarse con alguna seguridad con el ocasionamiento de graves perjuicios para la paz social. De ahí que los requisitos del § 66 y, en especial, los del § 66 I núm. 3, deban ser interpretados *restrictivamente* [100].

Una restricción del ámbito de aplicación se deriva del requisito añadido de que los delitos adicionales deben ser inminentes a causa de la *propensión* del autor a la comisión de infracciones de importancia. Evidentemente, el concepto de propensión ha de ser interpretado aquí de modo diverso al § 64 donde caracteriza a la adicción (al consumo de drogas). Su interpretación en el marco del § 66 es muy discutida[101]. Con frecuencia ésta es de carácter circular: la propensión a la comi-

---

[97] Con un criterio aún más estrecho *NK (Böllinger)* § 66 núm. 91 (sólo perjuicios que "no sean reparables o socialmente compensables").

[98] Vid., por ejemplo, *Dreher/Tröndle*, § 66 núms. 14, 15; *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 115; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 39; más reservado se muestra *Lackner*, § 66 núm. 14, quien exige que se trate de delitos que de modo individual o sobre la base de un plan unitario sean idóneos para perturbar sensiblemente la paz jurídica; vid. también *Neu*, MDR 1972, pág. 915.

[99] Véase el vigente § 67d III (N del T).

[100] *NK (Böllinger)* § 66 núm. 71; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 21; *Weihrauch*, NJW 1970, pág. 1897.

[101] Una profunda exposición del estado de la cuestión desde una perspectiva jurídica y criminológica puede encontrarse en *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núms. 65-101; vid. también *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núms. 22-29.

sión de hechos punibles es deducida de la perpetración de los mismos y de ello se deriva nuevamente el pronóstico acerca de delitos adicionales [102]. No obstante, no debería renunciarse al requisito de la "propensión". Éste deja al menos claro que las infracciones cometidas y pronosticadas deben estar unidas a través de un vínculo común, a saber, la inclinación del autor hacia una determinada clase de delitos caracterizados por su afinidad criminológica (vid. BGH *Detter* NStZ 1994, pág. 477). Además, sólo podrá hablarse entonces de una "propensión" —frente a la opinión mayoritaria que también reconoce como raigambre de la misma la falta de voluntad del autor o, incluso, defectos corporales de éste[103]— si los delitos en su conjunto son fruto de una actitud interna del autor hostil al Derecho como es el caso, por ejemplo, del autor que hace de la comisión de delitos su sustento económico o cuando, a pesar de los varios castigos sufridos, busca insistentemente la ocasión para perpetrar infracciones adicionales de la misma naturaleza (por ejemplo, delitos sexuales)[104].

Si se cumplen todos los requisitos del § 66 I y no resulta evidente para la evitación de los delitos pronosticados una medida de seguridad más leve, entonces **debe** ser impuesta la custodia de seguridad (BGH JZ 1969, pág. 196, con comentario crítico de *Hellmer*).

3. En el caso del § 66 II la adopción de la custodia de seguridad es **facultativa**. Esta disposición debe suministrar la posibilidad de imponer también dicha medida frente a "autores en serie" que hasta ese momento han eludido una condena (BT-Drucks. V/4094 pág. 21; vid. BGH NJW 1976, pág. 300; NStZ 1989, pág. 67)[105]. Requisito para su mandamiento es que el autor, sobre la base de su "propensión", haya cometido como mínimo tres delitos dolosos que posean autonomía jurídica y por los que se le deba imponer una pena mínima de un año de

---

[102] Vid., por ejemplo, *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 84 ("una asentada actitud interna del autor" que le conduce siempre a cometer nuevos delitos). Acertadamente crítico al respecto *Schüler-Springorum*, MschrKrim 1989, pág. 147; *Streng*, Sanktionen pág. 149.

[103] BGH 24, 160 (161); BGH wistra 1988, pág. 304; MDR 1994, pág. 761; *Dreher/Tröndle*, § 66 núm. 13; *Lackner*, § 66 núm. 13; *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núms. 79-82; *SK (Horn)* § 66 núm. 18; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 735.

[104] De forma similar *Horstkotte*, JZ 1970, pág. 155; *NK (Böllinger)* § 66 núms. 75, 116; de *lege ferenda* también *Mrozynski*, MschrKrim 1985, pág. 12. Ya en el año 1968 *H. Mayer*, ZStW 80 (1968) págs. 160 ss., ha exigido que sean internados en centros abiertos ("auxilio protector") "el conjunto de custodiados por seguridad" que, debido a su falta de voluntad, sólo necesitaban apoyo e instrucción.

[105] *Horstkotte*, JZ 1970, pág. 155; *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 52; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 68 núm. 27.

prisión por cada uno de ellos; ha de ser condenado a una pena de tres años o más, para lo cual también entra en consideración la aplicación de una pena global[106]. Únicamente son tenidos en cuenta delitos anteriores si ya han sido objeto de una sentencia firme[107] o que van a ser objeto de enjuiciamiento simultáneo por el tribunal que conoce de los hechos (BGH 25, 44). Esta disposición es subsidiaria frente a la posibilidad de imponer la custodia de seguridad en virtud del § 66 I; al igual que en éste, presupone el peligro de que el autor cometa en un futuro delitos graves. La adopción de la custodia de seguridad queda a discrecionalidad del tribunal —que sólo puede ser verificada por el tribunal de apelación dentro de unos márgenes muy estrechos— según preceptúa el § 66 II (BGH NStZ 1985, pág. 201; 1988, pág. 496; MDR 1988, pág. 100).

4. A través de la denominada **prescripción de la reincidencia** (§ 66 III 3, 4[108]) no se tienen en cuenta para la comprobación de los requisitos *formales* del § 66 I y II, aquellos delitos en los que hayan transcurrido más de cinco años entre su comisión y el hecho punible siguiente [109]; no obstante, en este plazo no se cuenta el periodo en el que el autor ha estado custodiado oficialmente (por ejemplo, por la ejecución de una pena de prisión) [110].

5. En la primera adopción de la medida la **duración** del internamiento bajo custodia de seguridad alcanza un máximo de diez años; para imposiciones posteriores no existe ningún límite máximo (§ 67d I 1)[111]. La custodia de seguridad es suspendida condicionalmente tan pronto como se compruebe que el autor puede comportarse responsablemente en libertad (§ 67d II). La suspensión también

---

[106] *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 63; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 55; de otra opinión, *NK (Böllinger)* § 66 núm. 68.

[107] Si anteriormente se le ha impuesto al autor una pena global lo decisivo es si dentro de la misma están incluidas penas individuales de un año de duración como mínimo; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 53; *SK (Horn)* § 66 núm. 24.

[108] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 66 IV, 3, 4 (N del T).

[109] Según la opinión mayoritaria, para la valoración global (material) de la personalidad del autor pueden ser traídas a colación infracciones en las que dicho lapso de tiempo sea aún mayor; BGH NStZ 1983, pág. 71; *Dreher/Tröndle*, § 66 núm. 17; *LK (11.ª)(Hanack)* § 66 núm. 42; *Schönke/Schröder/Stree*, § 66 núm. 62.

[110] Por razones constitucionales, a favor de una fuerte restricción de esta excepción *NK (Böllinger)* § 66 núm. 60.

[111] El Derecho vigente no distingue entre la primera o ulteriores prescripciones de la custodia de seguridad. De acuerdo con la actual redacción del § 67d III 1, "habiendo sido ejecutados diez años de internamiento bajo custodia de seguridad, el tribunal declarará extinguida la medida si no existe peligro de que el interno, a causa de su propensión, cometa delitos de importancia a través de los cuales se dañe a la víctima corporal o psíquicamente" (N del T).

puede efectuarse inmediatamente después del cumplimiento de una pena de prisión y antes de que comience a ejecutarse la medida (§ 67c I). Dicha ejecución debe ser suspendida tan pronto como desaparezca alguno de los requisitos para su adopción y, en especial, el del pronóstico sobre la comisión de delitos *de importancia*[112].

6. La custodia de seguridad es siempre **ejecutada a continuación de la pena de prisión** (§ 67 I). Dado que para la ejecución de esta medida sólo existen pequeñas divergencias en relación con el régimen de aplicación de la pena de prisión (vid. §§ 129-135 StVollzG), en la práctica el paso de la ejecución de la pena a la medida de seguridad apenas si supone algún cambio para el autor.

7. En el **extranjero** la función de aseguramiento de la colectividad frente a delincuentes peligrosos es solucionada en parte mediante una ampliación de la pena de prisión[113]. En *Austria* el "internamiento en un establecimiento para delincuentes reincidentes peligrosos" (§ 23 österr. StGB) se corresponde ampliamente con la custodia de seguridad; al igual que en Alemania se aplica tras la ejecución de la pena de prisión (§ 24 II österr. StGB). En *Suiza* la custodia de "delincuentes habituales" entra en juego en lugar de la pena de prisión (art. 42 schweiz. StGB); según el art. 48 del Proyecto de Reforma de la Comisión de Expertos la custodia, que naturalmente se limita a los delitos más graves, debe ser ejecutada a continuación de la pena de prisión en la medida en que ello se considere necesario.

VI. El sistema de vía única en la ejecución de las medidas de seguridad ligadas a la privación de libertad

1. Ciertamente, las penas y medidas de seguridad se diferencian en la dirección de su objetivo y en sus presupuestos; sin embargo, en la ejecución una sanción puede cumplir al menos en parte la función de la otra. Esta visión se corresponde con el **sistema de vía única en la fase ejecutiva** que ha sido am-

---

[112] *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 771-773; *NK (Böllinger)* § 67c núm. 15; *SK (Horn)* § 67c núm. 6, § 67d núm. 8. Frente a ello, la opinión probablemente mayoritaria exige, en correspondencia con el tenor literal del § 67d II 1, que pueda verificarse que el autor no cometerá en libertad *ningún* delito más; *Dreher/Tröndle*, § 67c núm. 3.ª; *Lackner*, § 67c núm. 2; *LK (11.ª) (Horstkotte)* § 67c núm. 46; *Schönke/Schröder/Stree*, § 67c núm. 4. Sin embargo, esto no se ajusta a la especialidad que caracteriza a la custodia de seguridad pues esta medida no puede adoptarse frente al peligro de que sean cometidos delitos de poca importancia.

[113] Vid. por ejemplo en *Inglaterra* la secc. 1 (2)(b) Criminal Justice Act 1991 (alargamiento de la pena para autores peligrosos responsables de delitos violentos y sexuales); acerca de la idea de la lucha contra la peligrosidad por medio de penas largas de prisión en los EE. UU. vid. *Busch*, Selective Incapacitation, 1988.

pliamente puesto en práctica en el Derecho vigente y que, en su conjunto, está dirigido a evitar una duplicidad de gravámenes sobre el condenado que se derivarían de la acumulación de penas y medidas, así como a proporcionar los mejores presupuestos posibles para la resocialización[114].

2. La Ley contiene un complicado conjunto de disposiciones, apenas comprensible, que en su totalidad debe garantizar un tratamiento del condenado que sea lo más **flexible** posible. Aquí se complementan recíprocamente la pena, la medida de seguridad, la suspensión condicional y la libertad vigilada.

a) Según el § 67 I el *internamiento* en un hospital psiquiátrico y en un centro de desintoxicación es ejecutado por principio *con anterioridad* a una *pena de prisión* impuesta simultáneamente [115]. En consecuencia, de acuerdo con el § 67 II, una pena sólo puede ser ejecutada total o parcialmente antes de la medida de seguridad si con este orden se alcanza mejor la finalidad rehabilitadora de esta última; ello sucede especialmente en el caso en el que el efecto favorable de un tratamiento psiquiátrico o de una terapia contra la adicción se malograría si a continuación fuera ejecutada la pena (vid. BGH 33, 285; BGH NStZ 1990, pág. 204; 1991, pág. 252; 1993, pág. 437)[116]. Por el contrario, no es admisible anticipar la ejecución de la pena de prisión para provocar "sufrimiento" en la persona del autor y hacerlo así más sensible a la terapia posterior (en este sentido, sin embargo, BGH 33, 285 [286 ss.]; BGH JR 1988, pág. 378 con comentario crítico de *Hanack*) [117]. La Sala de Ejecución Penitenciaria también puede cambiar

---

[114] Fundamental acerca del sistema vicarial, *Marquardt*, Dogmatische und kriminologische Aspekte, 1972; vid., además, *LK (11.ª)(Horstkotte)* § 67b núms. 5-10; *LK (11.ª)(Hanack)* § 67 núms. 1-10; *NK (Böllinger)* § 67 núms. 1-13; *Nowakowski*, Broda-Festschrift págs. 211 ss.; *R. Schmitt*, Würtenberger-Festschrift pág. 277.

[115] Si la pena y la medida impuestas al mismo autor se pronuncian en sentencias *distintas*, entonces es la autoridad penitenciaria la que decide acerca del orden en la ejecución; dicha autoridad también queda sujeta a la regulación contenida en el § 67 (OLG München NStZ 1988, pág. 93; OLG Dresden NStZ 1993, pág. 511).

[116] Según las referencias recogidas por *Leygraf*, Psychisch kranke Straftäter pág. 74, en el año 1983 a un 27% de los internados en un hospital psiquiátrico les fue aplicada la pena con anterioridad a su internamiento. Si el autor es condenado a cadena perpetua y se adopta una medida de seguridad en virtud del § 64, entonces siempre debe ejecutarse con anterioridad su ingreso en el establecimiento de desintoxicación (BGH 37, 162 [163 ss.]).

[117] *Dreher/Tröndle*, § 67 núm. 3c; *Kammeier*, en: *el mismo*, (ed.), Maßregelvollzugsrecht núms. A71-A73; *LK (11.ª)(Hanack)* § 67 núms. 50-53; *Müller-Dietz*, NStZ 1983, pág. 145; *NK (Böllinger)* § 67 núm. 34; *Streng*, StV 1987, págs. 41 ss.; *el mismo*, Sanktionen pág. 141; *Volckart*, Maßregelvollzug págs. 143 ss.; de otra opinión, *Schönke/Schröder/Stree*, § 67 núm. 7; muy restrictivo *Lackner*, § 67 núm. 5.

con posterioridad el orden de la ejecución si hablan a favor de ello las circunstancias concurrentes en la persona del condenado como, por ejemplo, la necesidad de posibilitar su traslado a un centro de terapia social (§ 9 StVollzG) (vid. OLG Hamm NJW 1979, pág. 2359).

Si la medida de seguridad es ejecutada con anterioridad a la pena entonces el tiempo cumplido con la primera se abona a la duración de la segunda (§ 67 IV 1). No obstante, dicho abono está limitado a los dos tercios de la pena. De este modo debe conseguirse que el condenado colabore activamente en su rehabilitación durante su estancia en el establecimiento psiquiátrico o desintoxicador, para de esta forma hacerse merecedor de la suspensión condicional del resto de la pena (que también es admisible en estos casos según el § 67 V 1, si se ha liquidado la mitad de la duración de la pena). El Tribunal Constitucional ha rechazado (BVerfGE 91, 1 [35 ss.]; BVerfG NJW 1995, pág. 1080)[118] las amplias dudas que se ciernen sobre la constitucionalidad de esta regulación (vid. OLG Celle NStZ 1991, pág. 356 con comentario de *Müller-Dietz*) [119].

b) También es posible el *intercambio* recíproco de *medidas de seguridad* (§ 67a I) si de esta forma puede ser favorecida la resocialización del delincuente. Y así, existe también la posibilidad de que quien se encuentra internado bajo custodia de seguridad sea trasladado a un hospital psiquiátrico o a un centro de deshabituación (§ 67a II) [120]. El tipo de internamiento adoptado en la sentencia es el que determina los plazos de duración del mismo para que, de este modo, el autor no resulte perjudicado por el intercambio de medidas de seguridad (§ 67a IV).

c) Las medidas de seguridad también pueden ser *suspendidas condicionalmente*[121]. La suspensión tiene lugar antes de la ejecución de la medida si el resultado perseguido por ésta puede conseguirse de otro modo; no obstante, esta posibilidad sólo se plantea en la custodia de seguridad tras el cumplimiento de la pena (§§ 67b I 1, 67c I) [122]. Para

---

[118] Inconstitucional es, sin embargo, el § 67 IV 2, que había excluido cualquier abono en el caso de que el internamiento en un centro de desintoxicación fuera interrumpido por el tribunal por motivos imputables a la persona del autor (§ 67d V 1) (BVerfGE 91, 1 [34]; BVerfG NStZ 1995, pág. 174).

[119] Igualmente, *LK (11.ª)(Hanack)* § 67 núm. 19; *Ungewitter*, MDR 1989, pág. 685; *Volckart*, Verteidigung in der Strafvollstreckung núm. 118.

[120] En cambio, la hipótesis contraria no es viable (traslado del hospital psiquiátrico a la custodia de seguridad); acerca de la constitucionalidad de esta regulación vid. BVerfG NJW 1995, pág. 772.

[121] Profundizando al respecto *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 766-783.

[122] La posibilidad de la suspensión condicional desde un principio no está —en contra, *Dreher/Tröndle*, § 67b núms. 2, 3— limitada a casos excepcionales y conserva todavía, incluso tras la BVerfGE 91, 1, su ámbito de aplicación para los supuestos en los que aunque, ciertamente,

el caso en el que la ejecución de la medida ya haya comenzado, la suspensión depende de si tras su vuelta a la libertad existe riesgo de que el autor cometa hechos punibles *de importancia* o de si puede esperarse del mismo un comportamiento responsable (§ 67d II; vid. al respecto *supra* § 77 V 5) [123]. Por mandato legal, en todos los supuestos en los que se suspende condicionalmente una medida de seguridad se aplica la libertad vigilada (§§ 67b II, 67c I 2, 67d II 2).

La Sala de Ejecución Penitenciaria puede examinar en cualquier momento el cumplimiento de las condiciones de la suspensión (§ 67e I 1). Tal examen está prescrito obligatoriamente por la Ley cuando el condenado ha pasado seis meses en un centro de desintoxicación, un año en un hospital psiquiátrico o dos años bajo custodia de seguridad (§ 67e II). La suspensión se revoca si el condenado vuelve a cometer delitos o si vulnera insistentemente las instrucciones del tribunal y, en particular, cuando se sustrae a la vigilancia del asistente durante el plazo de prueba o a la autoridad administrativa a la que queda sometido el sujeto *y* si, además, la finalidad perseguida por la medida de seguridad exige un nuevo internamiento (pueden verse los detalles en el § 67g).

§ 78 Medidas de seguridad que no conllevan privación de libertad

P.-A. Albrecht/Hassemer/Voß (edrs.), Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung, 1992; *Antons,* Möglichkeiten einer gesetzlichen Neuregelung der Führungsaufsicht, BewH 1992, pág. 282; *Baumann,* Zur Entziehung und Wiedererteilung der Fahrerlaubnis, Forensia 1987, pág. 49; *Bode,* Beratung, Begutachtung und Schulung alkoholauffälliger Kraftfahrer während der Sperrfrist, DAR 1994, pág. 348; *Breuckmann,* Innenansichten des beruflichen Alltags usw., en: *Dertinger/Marks* (edrs.), Führungsaufsicht, 1990, pág. 118; *Bundesamt für Justiz* (ed.), Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches usw., 1993; Copiè, Berufsverbot und Pressefreiheit, JZ 1963, pág. 494; *Cramer,* Die Austauschbarkeit der Entziehung der Fahrerlaubnis gegen ein Fahrverbot, NJW 1968, pág. 1764; *el mismo,* Zur Reform von Fahrerlaubnis und Fahrverbot, Gedächtnisschrift für H. Schröder, 1978, pág. 533; *Dencker,* Strafzumessung bei der Sperrfristbemessung? StV 1988, pág. 454; *Denzlinger,*

---

la ejecución de la medida es en sí misma prometedora, sin embargo no resulta necesaria a la vista de alternativas menos gravosas; vid. *LK (11.ª)(Horstkotte)* § 67b núm. 45.

[123] Las posibles relajaciones en el cumplimiento de la pena (vacaciones, permisos, etc.) también pueden ser concedidas durante la ejecución de la medida. En este sentido, para la ejecución de la custodia de seguridad el § 130 StVollzG se remite a las disposiciones que rigen el cumplimiento de la pena. Para el resto de las medidas de seguridad son de aplicación normativas regionales de contenido diverso. Vid. al respecto, *Frisch,* ZStW 102 (1990) págs. 783-792; *Pollähne,* Lockerungen im Maßregelvollzug, 1994; *Volckart,* Maßregelvollzug págs. 87 ss.

Der Führerschein als Menschenfalle, ZRP 1988, pág. 369; *Dölling,* Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug usw., ZStW 104 (1992) pág. 259; *Floerecke,* Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesnormen zur Führungsaufsicht, 1989; *el mismo,* Was leistet die Führungsaufsicht? en: *Dertinger/Marks* (edrs), Führungsaufsicht, 1990, pág. 51; *Geppert,* Die Bemessung der Sperrfrist bei der strafgerichtlichen Entziehung der Fahrerlaubnis, 1968; *el mismo,* Reicht das gesetzliche Instrumentarium zur Verbesserung der Verkehrssicherheit aus? BA 1990, pág. 23; *Gontard,* Die Reform der Entziehung der Fahrerlaubnis, Festschrift für K. Rebmann, 1989, pág. 211; *Gontardljanker,* Die Nachschulung alkoholauffälliger Kraftfahrer, DAR 1992, pág. 8; *Groth,* Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit usw., NJW 1979, pág. 743; *Himmelreich/Hentschel,* Fahrverbot — Führerscheinentzug, Tomo I, 7.ª ed. 1992; *Horn,* Neuerungen der Knminalpolitik im deutschen StGB, ZStW 89 (1977) pág. 547; *Jacobsen,* Forschungsergebnisse zum Themenkomplex Führungsaufsicht, en: *Dertinger/Marks* (edrs), Führungsaufsicht, 1990, pág. 10; *Jagusch/Hentschel,* Stragenverkehrsrecht, 31.ª ed. 1991; *Kaiser,* Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990; *Kerner,* Tabellen zur Entwicklung und zur Struktur der Führungsaufsicht usw., en: *Dertinger/Marks* (edrs.), Führungsaufsicht, 1990, pág. 77; *Krehl,* Regel und Ausnahme bei der Entziehung der Fahrerlaubnis, DAR 1986, pág. 33; *Kulemeier,* Fahrverbot (§ 44 StGB) und Entzug der Fahrerlaubnis (§§ 69 ss. StGB), 1991; *Lang-Hinrichsen,* Umstrittene Probleme bei der strafgerichtlichen Untersagung der Berufsausübung, Festschrift für E. Heinitz, 1972, pág. 477; *Lemke/Vetter,* Die Führungsaufsicht abschaffen? BewH 1992, pág. 146; *Müller-Metz,* Zur Reform von Vergehenstatbeständen und Rechtsfolgen im Bereich der Verkehrsdelikte, NZV 1994, pág. 89; *Nettesheim,* Führerscheinentund Fahrverbot bei DDR-Führerscheinen usw., DtZ 1991, pág. 363; *Preiser,* Die Führungsaufsicht, ZStW 81 (1969) pág. 912; *Raabe,* Die Führungsaufsicht im 2. StrRG, Diss. Hamburg 1973; *Rasch,* Wie soll es weitergehen mit der Führungsaufsicht? en: *Dertinger/Marks* (edrs.), Führungsaufsicht, 1990, pág. 157; *Rosner,* Alkohol am Steuer, Fahrerlaubnisentziehung und Nachschulung, 1988; *Schöch,* Kriminologische und sanktionsrechtliche Aspekte der Alkoholdelinquenz im Verkehr, NStZ 1991, pág. 11; *el mismo,* Bewährungshilfe und Führungsaufsicht in der Strafrechtspflege, NStZ 1992, pág. 364; *el mismo,* Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C zum 59. DJT, 1992; *Schulz,* Die Führungsaufsicht, 1982; *Schwenck,* Umfang und Wirkung von Meinungs-und Pressefreiheit, NIW 1962, pág. 1321; *Stephan,* Eignung, 1,6-Promille-Grenze und Abstinenzforderung, DAR 1995, pág. 41; *Stephan/Kunkel,* Verkehrspsychologische Stellungnahme usw., BA 1989, pág. 347; *Utzelmann,* Der unwiderlegte Nutzen von Kursen für alkoholauffällige Kraftfahrer, BA 1990, pág. 106; *Winkler,* Die sogenannte "Nachschulung" alkoholauffälliger Kraftfahrer, NZV 1988, pág. 41; *Zabel/Zabel,* Abkürzung der Fahrerlaubnissperre bel Alkoholtätern usw., BA 1991, pág. 345.

El Derecho vigente prevé tres **medidas de seguridad** que **no conllevan privación de libertad**, a saber, la **libertad vigilada** (§§ 68-68g), la **privación del permiso de**

conducir (§§ 69-69b) y la **inhabilitación profesional** (§§ 70-70b). Todas ellas están destinadas a prevenir la comisión de delitos adicionales por parte del condenado. En la primera, ello tiene lugar a través de una combinación de control y apoyo; en cambio, en las otras dos medidas ambulatorias el autor queda excluido en el ejercicio de ciertas actividades que fueron desencadenantes del delito (o delitos) que cometió. Aunque estas medidas de seguridad no comportan una injerencia en la libertad de movimiento del condenado sí pueden restringir notablemente su libertad de acción; de ahí que también en estas medidas haya que observar estrictamente el principio de proporcionalidad (§ 62).

I. La libertad vigilada (§ 68-68g[1])

1. Esta medida fue introducida por la Reforma del Derecho penal de 1975[2]. Se dirige a un grupo heterogéneo de delincuentes: comprende personas con un pronóstico negativo como, por ejemplo, autores que han sido puestos en libertad tras permanecer diez años internados bajo custodia de seguridad (§ 67d IV), pero también a personas que ante todo están necesitadas de auxilio y apoyo como, verbigracia, condenados cuyo internamiento en un hospital psiquiátrico ha sido suspendido condicionalmente (§ 67b II). De ahí que también la medida de seguridad misma posea una **doble cara**: la autoridad administrativa a la que queda sujeta la persona y el asistente durante el plazo de prueba están "de su lado para ayudarle y tutelarle" (§ 68a II); pero, por otro lado, se puede intervenir en su modo de vida a través de un sinnúmero de instrucciones (§ 68b) cuya inobservancia es castigada a través de una pena criminal (§ 145a). El **objetivo** de la libertad vigilada reside primordialmente en la **prevención del delito** por medio de un apoyo y tutela intensiva de un grupo de autores especialmente problemáticos. Sin embargo, allí donde está ausente la deseada cooperación del condenado se aspira a la consecución del mismo objetivo a través de su vigilancia e imponiéndole limitaciones a su libertad[3].

2. La medida de libertad vigilada puede ser ordenada tanto frente a autores plenamente responsables como también frente a quienes son incapaces de culpabilidad. Se distinguen tres **ámbitos de aplicación**:

---

[1] Con carácter general, ténganse en cuenta las modificaciones operadas por la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160) en los §§ 68c, 68e y 68f (N del T).

[2] Acerca de su historia *Floerecke,* Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesnormen zur Führungsaufsicht, 1989; *LK (11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 16-23 antes del § 68.

[3] *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 2 antes del § 68; LK *(11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 3-5 antes del § 68; *NK (Frehsee)* § 68a núm. 8; *Schönke/Schröder/Stree,* § 68 núm. 2; *SK (Horn)* § 68 núms. 2-4.

a) En determinados delitos es impuesta junto a la pena como *sanción adicional* (§ 68 I). Esta posibilidad se da, por ejemplo, en los tipos del hurto (§ 245), de la estafa (§ 263 V[4]), de la receptación (§ 262), de las lesiones corporales (§ 228[5]), así como en el robo o en la extorsión (§ 256 I). La adopción de la libertad vigilada exige, no obstante, que a causa del delito correspondiente se le haya impuesto al autor una pena de al menos tres meses[6] de prisión y que además exista el peligro de comisión de delitos adicionales de considerable importancia[7]. En estos casos la adopción de la libertad vigilada queda a discrecionalidad del tribunal.

b) Por mandato legal esta medida se aplica siempre que el autor, a causa de la comisión de un delito doloso, haya *cumplido en su totalidad* una pena de prisión de al menos dos años (§ 68f[8])[9] o cuando es puesto en libertad tras ser sometido

---

[4] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 263 VI (N del T).

[5] Actualmente esta medida ya no se prevé para las lesiones corporales (N del T).

[6] Si al autor se le ha impuesto una pena global la libertad vigilada sólo es posible en la medida en que en aquélla esté contenida una pena individual de, como mínimo, seis meses por la infracción de un tipo penal que admita la aplicación de esta medida; *Lackner*, § 68 núm. 3; *LK (11.ª)(Hanack)* § 68 núm. 6; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 69 núm. 2; *NK (Frehsee)* § 68 núm. 5; *SK (Horn)* § 68 núm. 6; de otra opinión, *Dreher/Tröndle*, § 68 núm. 4; *Schönke/Schröder/Stree*, § 68 núm. 5, quienes se conforman con que en delitos de la misma naturaleza la pena *global* alcance los seis meses (sin embargo, esto conduciría, en contra de la voluntad del legislador, a que la libertad vigilada pudiera ser ordenada frente a delitos de escasa importancia). Esta medida es también factible cuando la pena de prisión es suspendida condicionalmente dado que precisamente las especiales posibilidades de supervisión que ofrece la libertad vigilada pueden hacer descender el riesgo de reincidencia a una medida tolerable por el § 56; *LK (11.ª)(Hanack)* § 68g núm. 11; *SK (Horn)* § 68 núm. 10; también para casos excepcionales *Dreher/Tröndle*, § 68 núm. 5; de otra opinión, *Preiser*, ZStW 81 (1969) pág. 916; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 742, nota a pie núm. 7.

[7] Los delitos cuya comisión se teme deben poseer una similitud criminológica; asimismo, el principio de proporcionalidad exige que esta medida sólo sea empleada para evitar aquellos hechos que, de ser cometidos, habrían de ser castigados con importantes penas de prisión; *LK (11.ª)(Hanack)* § 68 núm. 10; *NK (Frehsee)* § 68 núms. 6 ss.; *SK (Horn)* § 68 núm. 8; planteando menores exigencias *Dreher/Tröndle*, § 68 núms. 5 ss.; *Lackner*, § 68 núm. 4; *Schönke/Schröder/Stree*, § 68 núm. 6.

[8] De acuerdo con la modificación del § 68f I operada por la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160), la libertad vigilada también puede acordarse si el autor ha cumplido íntegramente *un año* de prisión por la comisión de alguno de los delitos mencionados en el § 181b (N del T).

[9] En este punto sólo resulta decisivo que el autor, debido a la larga duración del tiempo que ha estado en prisión, esté necesitado de un apoyo especial en su paso a la libertad; de ahí que también una *pena global* de dos años de duración dé también lugar a la libertad vigilada y que también se tenga en cuenta el periodo de prisión preventiva efectivamente cumplido que, de acuerdo con el § 51, se abona a la pena correspondiente; OLG München NStZ 1984, pág. 314; *Dreher/Tröndle*, § 68f núms. 2, 2a; de otra opinión, acerca de la suficiencia de la pena global, OLG Stuttgart NStZ 1992, pág. 101; *Lackner*, § 68f núm. 1; *LK (11.ª)(Hanack)* § 68f núm. 14

por primera vez a una custodia de seguridad de una duración máxima de diez años[10]. Para este círculo de personas existe a menudo el peligro de reincindencia puesto que, en otro caso, la pena o la medida de seguridad podría en parte haber sido suspendida condicionalmente (vid. §§ 57 I, 67d II 1). A causa del prolongado periodo de falta de libertad, también se muestra indicado un apoyo intensivo en la fase crítica de la excarcelación en aquellos supuestos en los que la suspensión condicional de la pena fracasa únicamente por la ausencia de aprobación de la misma por parte del condenado (§ 57 I núm. 3).

c) Finalmente, la libertad vigilada siempre entra en juego cuando se *suspende condicionalmente una medida de seguridad de naturaleza clínica* (§§ 67b II, 67c I 2, 67d II 2); en estos casos se encuentra claramente en un primer plano el auxilio durante el periodo de prueba que se suministra a un círculo de personas especialmente peligrosas por sus trastornos psíquicos.

3. El doble aspecto de la libertad vigilada se evidencia también en su **ejecución** (§ 68a): por un lado, el condenado está sometido a la *autoridad supervisora* designada por el tribunal provincial que puede estar representada por un funcionario público o también por un trabajador social (vid. art. 295 II EGStGB)[11]; por otro, el autor es tutelado por un *asistente durante el periodo de prueba*. La Ley prescribe el "acuerdo" entre ambos órganos que, en caso necesario, es dirimido a través de una resolución adoptada por el tribunal (§ 68a IV). Por lo demás, la división de funciones entre ambos no queda muy clara en la regulación legal. Sería adecuado llevarla a efecto de modo que la autoridad supervisora asumiera las funciones de control (vid. al respecto las facultades conferidas por el § 463a StPO) y la coordinación de las prestaciones de auxilio de tipo práctico, y que el asistente desarrollara una relación de confianza estando a su disposición para tutelarle y apoyarle ante cualquier dificultad[12].

4. La figura de la libertad vigilada se caracteriza por la posibilidad de influir sobre el modo de vida del condenado a través de **instrucciones** judiciales (§ 68b).

(con numerosas referencias jurisprudenciales); *NK (Frehsee)* § 68f núm. 4; *Schönke/Schröder/Stree*, § 68f núm. 4; con un criterio diferenciador *SK (Horn)* § 68f núm. 5.

[10] Vid. *supra* § 77 V 5, nota a pie núm. 110 (N del T).

[11] Acerca de la práctica diferenciada según los lugares donde se aplica la medida vid. las aportaciones de *Breuckmann* y *Floerecke*, en: *Dertinger/Marks*, (edrs.), Führungsaufsicht págs. 51, 118, así como *Schulz*, Führungsaufsicht págs. 163 ss.

[12] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 68a núms. 5 ss.; *LK (11.ª)(Hanack)* § 68a núm. 5; *Rasch*, en: *Dertinger/Marks* (edrs.), Führungsaufsicht págs. 168-171; *Schöch*, NStZ 1992, pág. 371; subrayando más intensamente el función de tutela de *ambas* instancias, *NK (Frehsee)* § 68a núms. 8-13; *Schönke/Schröder/Stree*, § 68a núm. 7.

Su adopción queda a discreción del tribunal; pueden afectar a la residencia del autor, a su trabajo, a su tiempo libre y a sus relaciones económicas (§ 68b II). En particular, el tribunal puede prohibir comportamientos que supongan para el autor una tentación especial para cometer nuevos delitos; estas instrucciones están especificadas más detalladamente en el § 68b I. La inobservancia dolosa de las instrucciones dictadas conforme a la disposición citada puede conducir al autor a un castigo en virtud del § 145a, si ello pone en peligro el resultado de la medida de seguridad[13]. Esta disposición penal fue considerada necesaria pues sin su presencia las más graves infracciones de las instrucciones judiciales quedarían siempre sin respuesta después del cumplimiento íntegro de la pena por parte del autor (especialmente en los casos del § 68f[14])[15]. Bajo el punto de vista del art. 103 II GG nada hay que objetar en contra de esta norma penal siempre que las instrucciones estén suficientemente determinadas (vid. § 68b I 2). Sin embargo, la conminación con esta "pena por desobediencia", de la que apenas se hace uso en la práctica[16], es equivocada desde un punto de vista político-criminal en tanto que la imposición de una pena criminal no se presenta como un medio para la contención de peligros abstractos de reincidencia[17].

5. De acuerdo con el § 68c la libertad vigilada posee una **duración** mínima de dos años y máxima de cinco[18]. Esta regulación plantea problemas puesto que

---

[13] Es como mínimo dudoso que pueda cumplirse alguna vez este requisito adicional en la inobservancia de las instrucciones que aseguran la posibilidad de supervisión; discrepa *AK (Schild)* § 145a núm. 11; *LK (11.ª)(Hanack)* § 68b núm. 18; *NK (Frehsee)* § 68b núm. 19; *Raabe*, Die Führungsaufsicht im 2. Strafrechtsreformgesetz págs. 151 ss.; afirmativamente *Dreher/Tröndle*, § 145a núm. 1.

[14] Véase *supra* § 78 I 2 b, nota a pie núm. 7 (N del T).

[15] Vid. BT-Drucks. V/4095 pág. 46; *AK (Schild)* § 145a núms. 3, 7; *Schönke/Schröder/Stree*, § 145a núm. 1.

[16] En el año 1991 fueron condenadas 31 personas en virtud del § 145a; *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Serie 3: Strafverfolgung 1991, 1993, págs. 20 ss. Esta cantidad tan baja se debe sobre todo a que las autoridades supervisoras en raras ocasiones hacen uso de la facultad querellante que para estos casos tienen atribuida en exclusividad; vid. *Floerecke*, en: *Dertinger/Marks* (edrs.), Führungsaufsicht pág. 68; *Schöch*, NStZ 1992, págs. 370 ss.

[17] Igualmente, *AK (Schild)* § 145a núms. 8 ss.; *Grünwald*, ZStW 76 (1964) pág. 664; *Horn*, ZStW 89 (1977) pág. 556; *Lackner/Kühl*, § 145a núm. 1; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 112 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 145a núm. 2. No obstante, la disposición no resulta por ello ser inconstitucional; profundizando al respecto *Groth*, NJW 1979, pág. 743; considerándola parcialmente inconstitucional *LK (10.ª)(Hanack)* § 145a núm. 6.

[18] Es importante hacer mención aquí del nuevo § 68c II (el anterior apartado segundo, pasa ahora a ser el § 68c III) introducido por la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160) que permite al tribunal ordenar la libertad vigilada *sin plazo máximo de duración*. En este sentido, el vigente § 68c II dispone textualmente: "El tribunal puede ordenar la libertad vigilada por un plazo ilimitado superior al señalado en el apartado I, inciso primero, si el condenado

obliga indefectiblemente a mantener la medida durante un plazo mínimo de dos años aunque el autor ya no esté necesitado de control y apoyo para prevenir el peligro de reincidencia[19] —la libertad vigilada sólo puede ser revocada tras haber expirado la duración legal mínima (§ 68e I 2) y su paralización sólo puede ser dictada cuando transcurre simultáneamente para el autor un plazo de suspensión condicional (§ 68g II 1, III)—. No obstante, la situación es más favorable para el que ha cumplido íntegramente una pena de prisión: para este caso el tribunal puede ordenar que decaiga la libertad vigilada si puede pronosticarse que aún sin la medida de seguridad no será cometido ningún delito (§ 68f II). No se entiende por qué en los casos de los §§ 67d IV[20], 68 I no puede existir la posibilidad de una terminación anticipada de la libertad vigilada antes del cumplimiento del plazo mínimo de dos años si existe un pronóstico favorable en torno a la peligrosidad del autor; de ahí que sea suscribible la opinión de que en atención al principio de proporcionalidad (§ 62) sea admitida en el caso concreto una corrección de este desacierto legislativo[21].

6. La libertad vigilada posee una considerable **importancia práctica** debido a su aplicación obligatoria a los casos en los que se ha cumplido íntegramente un mínimo

---

1. no accede a la instrucción que se le impone en virtud del § 56c III 1 ó

2. no sigue un tratamiento curativo o de desintoxicación, y se pronostica una puesta en peligro de la colectividad por medio de la comisión de delitos adicionales de importancia. Si posteriormente el condenado presta su consentimiento para ello, el tribunal fijará la duración adicional de la libertad vigilada. En lo demás rige lo dispuesto en el § 68e IV".

Asimismo, también es necesario hacer alusión al nuevo § 68e IV relativo a las reglas especiales que rigen la terminación de la libertad vigilada para estos casos. Dicho apartado dispone lo siguiente: "Si de acuerdo con el § 68c II el tribunal ha impuesto una libertad vigilada ilimitada, verificará, a lo más tardar con el transcurso del plazo máximo fijado en el inciso primero del § 68c I, si procede dictar una resolución en el sentido del inciso primero del primer apartado de la presente disposición. Si el tribunal rechaza la revocación de la libertad vigilada el plazo comienza a contar de nuevo a partir del momento en que se dicte la resolución" (N del T).

[19] Profundizando en este problema *LK (11.ª)(Hanack)* § 68e núms. 10-25; *NK (Frehsee)* § 68e núms. 8-12.

[20] La remisión en este punto al § 67d IV debe entenderse ya sin contenido pues se refería al caso en el que entraba en juego la libertad vigilada tras haber expirado el plazo máximo de la *primera* imposición de la custodia de seguridad. Actualmente (cfr. § 67d III), para la duración de dicha custodia ya no se distingue si ésta se impone o no por primera vez; vid. *supra* § 77 V 5, nota a pie núm. 110 (N del T).

[21] *NK (Frehsee)* § 68e núm. 10; la solución diferenciadora de *LK (11.ª)(Hanack)* § 68e núms. 17-23, coincide parcialmente con la tesis aquí sustentada. *SK (Horn)* § 68 núms. 12 ss., quita importancia al problema al aplicar siempre el § 68f II a los supuestos del § 68 I cuando ha sido cumplido un mínimo de dos años de prisión. Según *Schönke/Schröder/Stree*, § 68e núm. 4, la libertad vigilada en los supuestos aquí mencionados debe "ser aplicada lo más benignamente posible".

de dos años de prisión. En el año 1989 12.400 personas estuvieron sometidas a esta medida[22]. En la mayoría de los casos se trataba de supuestos del § 68f[23] (cumplimiento íntegro de largas penas de prisión); por el contrario, en la praxis tiene escasa relevancia la imposición en la sentencia de la libertad vigilada en virtud del § 68 I[24].

La **valoración** político-jurídica de esta medida es bastante diversa[25]. La libertad vigilada desempeña sobre todo una función razonable en los casos en los que al autor, tras una suspensión condicional, le acompaña una medida de seguridad; aquí es sólo la expectativa de una tutela ambulante eficaz la que posibilita una excarcelación anticipada del autor[26]. Rechazable es por el contrario el grupo de casos del § 68 I que descansa sobre la idea superada de que determinados tipos de autor demandan una supervisión permanente. Finalmente, para los excarcelados que han cumplido íntegramente una pena podría ser mucho más razonable una tutela y apoyo voluntario durante el primer mes posterior a su puesta en libertad que una libertad vigilada que es sentida como una imposición[27]. En todo caso, la duplicidad de instancias de tutela y supervisión, que a menudo conduce a fricciones y conflictos de competencias, debería ser sustituida por una regulación más practicable[28].

II. La privación del permiso de conducir (§§ 69-69b)

1. Esta medida de seguridad está destinada a **garantizar la seguridad del tráfico**. Este objetivo se intenta alcanzar mediante la exclusión (temporal o indefinida) de su participación en el tráfico vial de conductores que a través de un

---

[22] *Schöch*, NStZ 1992, pág. 366. Pueden encontrarse extensas referencias estadísticas acerca del desarrollo de esta medida de seguridad en *Kerner*, en: *Dertinger/Marks* (edrs.), Führungsaufsicht págs. 77 ss.

[23] Véase *supra* § 78 I 2 b, nota a pie núm. 7 (N del T).

[24] Vid. las referencias que en relación con el *Land* de Nordrhein-Westfalen se encuentran en *NK (Frehsee)* § 68 después del núm. 20.

[25] El AE (pág. 159) la había rechazado y su derogación se promueve especialmente por parte de los asistentes durante el periodo de prueba; vid., por ejemplo, *Jacobsen*, en: *Dertinger/Marks* (edrs.), Führungsaufsicht págs. 43-50; vid. la toma de postura que dicho colectivo hace en *ibidem* pág. 179; referencias adicionales en *Schöch*, NStZ 1992, págs. 369 ss., notas a pie núms. 52-54. Más bien escéptica es la toma de postura de *LK (11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 24-27a antes del § 68; vid., además, *Lemke/Vetter*, BewH 1992, pág. 146.

[26] Igualmente, *Kaiser*, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? pág. 46; *Schöch*, NStZ 1992, pág. 370.

[27] *Jacobsen*, en: *Dertinger/Marks* (edrs.), Führungsaufsicht págs. 49 ss.; *NK (Frehsee)* nota preliminar núms. 24-27 antes del § 68; de otra opinión, *Antons*, BewH 1992, págs. 283 ss.; *Dölling*, ZStW 104 (1992) pág. 288. No obstante, la actual regulación no es inconstitucional (BVerfGE 55, 28 [30 ss.]).

[28] Vid. al respecto *Rasch*, en: *Dertinger/Marks* (edrs.), Führungsaufsicht págs. 163-171.

comportamiento delictivo han demostrado su incapacidad para conducir vehículos. Con frecuencia, a los afectados se les impone la privación del permiso de conducir como sanción (adicional)[1]. No obstante, esto no modifica para nada la finalidad exclusivamente preventiva de la medida de seguridad cuya imposición o extensión —algo distinto sucede en cambio con la prohibición de conducir aplicada en virtud del § 44— no puede apoyarse en ningún caso sobre consideraciones propias de la culpabilidad (BGH VRS 11, pág. 425; OLG Düsseldorf NZV 1993, pág. 117)[2]. Por otra parte, sin embargo, en la determinación de la pena que se impone simultáneamente hay que tener en cuenta el hecho de que el autor también ha sido privado de su permiso de conducir; dado que esta medida de seguridad asume ampliamente la función preventivo-especial de la sanción la pena a imponer puede resultar atenuada (BT-Drucks. IV/651 pág. 16)[3].

2. En la práctica la privación del permiso de conducir es, de lejos, **la medida de seguridad más frecuente**: en el año 1991 fue adoptada en más de 180.000 casos (vid. *supra* § 5 V 2)[4]. De modo diverso a como sucede con la prohibición de conducir (vid. § 25 StVG), la prohibición del permiso está prevista sólo para los delitos y no se recoge como reacción frente a simples infracciones administrativas. No obstante, sí se admite como pena juvenil (§ 7 JGG). Se sabe poco acerca de la *eficacia preventivo-especial* que esta medida despliega tras su nueva imposición en el sentido de evitar la comisión de nuevos delitos de tráfico[5]. En particular, ante el gran número de conductores ebrios, la privación del permiso de conducir sólo podría ser eficaz a largo plazo si su supresión sirve de confrontación terapéutica del autor con el problema que padece con el alcohol[6].

Junto a la medida de seguridad de la privación del permiso de conducir que se dicta en el proceso penal existe, asimismo, otra medida (de naturaleza preventivo-policial) que posee la misma denominación y que se adopta por la *autoridad administrativa* en el marco del Derecho administrativo vial (§ 4 StVG, § 15b StVZO); ésta presupone la ausencia de aptitud para conducir vehículos pero no la comisión de un delito. Caso de concurrir un conflicto de competencia entre el tribunal penal y la autoridad administrativa tiene preferencia esta última (§ 4 II, III StVG): durante un proceso penal en curso la autoridad

---

[1] Vid. *Cramer*, NJW 1968, pág. 1765.

[2] *Dreher/Tröndle*, § 69 núm. 2; *LK (10.ª)(Rüth)* § 69 núm. 1; *NK (Herzog)* § 69 núm. 5; *SK (Horn)* § 69 núm. 2.

[3] *NK (Herzog)* § 69 núm. 6; *SK (Horn)* § 69 núm. 3.

[4] *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Serie 3: Strafverfolgung 1991, 1993, pág. 68.

[5] Suministrando una visión general acerca de investigaciones genéricas relativas a la reincidencia en el ámbito de la delincuencia vial, *Kulemeier*, Fahrverbot págs. 161-164; vid. también *Schöch*, NStZ 1991, págs. 15-17; *el mismo*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 30.

[6] *Geppert*, BA 1990, págs. 27 ss. Acerca de la "instrucción posterior" de adictos al alcohol vid. *Stephan*, DAR 1995, pág. 41; *Winkler*, NZV 1988, pág. 41.

administrativa puede no tener en consideración los hechos objeto de aquél; en cambio, tras la conclusión del procedimiento jurisdiccional no puede desviarse en perjuicio del afectado de los hechos probados por el órgano judicial[7].

3. La adopción de la medida de seguridad presupone que el condenado ha cometido **un hecho antijurídico** y que ha demostrado su **inidoneidad para conducir vehículos**.

a) Con excepción de la culpabilidad del autor, en el **hecho cometido** deben cumplirse todos los requisitos de la punibilidad[8]. El hecho debe haber sido cometido con ocasión (o en relación con) la conducción de un vehículo o "con infracción de los deberes propios del conductor" del mismo. Este requisito es necesario pues en otro caso la medida de seguridad del § 69 perdería su carácter específico y se transformaría en un castigo adicional practicable para toda clase de delitos[9]. No obstante, la jurisprudencia se inclina hacia una interpretación extensiva de la expresión "en relación con" la conducción de vehículos y admite la privación del permiso cuando el autor ha transportado la droga en el automóvil (BGH NStZ 1992, pág. 586), cuando obtiene la posesión de un coche de alquiler mediante una estafa (BGH 5, 179) o, finalmente, si a través de peritajes falsos sobre accidentes de tráfico manipulados ha posibilitado la comisión de estafas frente a una compañía aseguradora (OLG München NJW 1992, pág. 2777)[10]. En tales casos, sin embargo, no existe una conexión lo suficientemente estrecha entre el hecho y la puesta en peligro de la seguridad del tráfico[11].

b) Del hecho (y no de cualesquiera otras circunstancias) debe además derivarse que el autor **carece de aptitud** para la conducción de vehículos. El tribunal debe llevar a cabo una valoración global del acontecimiento y de la personalidad

---

[7] Sin embargo, la autoridad administrativa sólo está vinculada por los hechos probados durante el proceso penal cuando éste haya partido del mismo presupuesto de hecho que se examina por dicha autoridad (BVerwG NZV 1988, pág. 37); profundizando en el tema *Jagusch/Hentschel*, Straßenverkehrsrecht § 4 StVG núms. 15 ss.

[8] *SK (Horn)* § 69 núm. 13. También se plantea con una condena por el § 323a o con una resolución del mismo signo en la que se dispense la pena; *NK (Herzog)* § 69 núm. 9; *Schönke/Schröder/Stree*, § 69 núms. 20, 22.

[9] A favor de una modificación de la *prohibición de conducir* en este sentido, *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 120.

[10] Pueden encontrarse numerosas referencias adicionales en *Dreher/Tröndle*, § 44 núms. 6 ss.; *Kulemeier*, Fahrverbot págs. 222-229; *Schönke/Schröder/Stree*, § 69 núms. 12-16.

[11] También a favor de una aplicación restrictiva *NK (Herzog)* § 69 núm. 13; *SK (Horn)* § 69 núm. 8a; vid. también la BGH NStZ 1995, pág. 229 (la utilización del automóvil para una violación no constituye un hecho motivador suficiente).

del autor y decidirá adoptar la medida de seguridad si en el hecho han aparecido deficiencias corporales, psíquicas o —como en la práctica ocurre con frecuencia— caracteriológicas que fundamenten la falta de capacidad del autor para tomar parte en el tráfico viario al volante de un vehículo [12]. La cuestión de la aptitud está dirigida siempre a un comportamiento futuro y en consecuencia exige —en contra de la opinión probablemente mayoritaria (BGH 5, 168 [174]; 7, 165 [168])[13]— un *pronóstico*[14]. Sin embargo, por regla general, éste se deduce sin más de la situación del autor comprobada en ese momento o de la posición que ocupa frente a sus deberes en el tráfico viario[15]. La decisión acerca de la aptitud para conducir toma por referencia el momento en el que se dicta la sentencia (por el juzgador de instancia) y no el del hecho cometido. De ahí que sean tenidos en cuenta en su beneficio los cambios positivos operados en la personalidad del autor desde que se comete el hecho hasta el comienzo del juicio oral (OLG Zweibrücken StV 1989, pág. 250)[16]. Esto rige particularmente para el caso en el que, de acuerdo con el § 111a StPO, el sujeto ha sido privado del permiso de conducir inmediatamente después de suceder el hecho; de este modo se puede fomentar decisivamente su comprensión acerca de la peligrosidad de su comportamiento anterior en el tráfico viario y haber quedado eliminada una deficiencia caracteriológica del autor (BGH StV 1992, pág. 64)[17].

---

[12] Referencias jurisprudenciales acerca de la falta de capacidad del autor para conducir pueden verse, por ejemplo, en *Dreher/Tröndle*, § 69 núms. 9-9c; *Jagusch/Hentschel*, Straßenverkehrsrecht § 69 StGB núm. 12; *Kulemeier*, Fahrverbot págs. 95-106; *LK (10.ª)(Rüth)* § 69 núms. 21-30.

[13] *Lackner*, § 69 núm. 6; *LK (10.ª)(Rüth)* § 69 núm. 31; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 745.

[14] *NK (Herzog)* § 69 núm. 26; *Schönke/Schröder/Stree*, § 69 núms. 30 ss.; *SK (Horn)* § 69 núm. 14; *Streng*, Sanktionen pág. 124.

[15] No obstante, no existe ningún motivo para la privación del permiso de conducir si, por ejemplo, el autor resultó tan gravemente herido en el accidente que ya no podrá conducir más; *Schönke/Schröder/Stree*, § 69 núm. 52; de otra opinión, *LK (10.ª)(Rüth)* § 69 núm. 31. En la medida en que se consideren suficientes como *hechos motivadores* aquellos delitos que poseen una escasa relación con el tráfico vial (por ejemplo, delitos sexuales), al menos deberá realizarse un pronóstico concreto de que el sujeto seguirá abusando de su permiso de conducir para la comisión de más delitos (BGH StV 1994, 314 [315]).

[16] El hecho de que el autor haya conducido sin incidente alguno durante un largo periodo de tiempo desde que tuvo lugar el delito, puede hablar ya a favor de su aptitud; *Dreher/Tröndle*, § 69 núm. 10; *Kulemeier*, Fahrverbot pág. 106; *NK (Herzog)* § 69 núm. 34; *Schönke/Schröder/Stree*, § 69 núm. 52; de otra opinión, *Himmelreich/Hentschel*, Fahrverbot Tomo I pág. 23.

[17] *Lackner*, § 69 núm. 8; *LK (10.ª)(Rüth)* § 69 núm. 31. Discutida es la cuestión de en qué medida la participación después del hecho en *cursos de reciclaje* puede restablecer la aptitud para conducir vehículos; vid. al respecto, *Bode*, DAR 1994, pág. 348; *Gontard/Janker*, DAR 1992,

c) Por regla general no se requiere una comprobación especial de la falta de aptitud del autor cuando éste ha realizado alguno de los tipos penales enumerados en el § 69 II. Su **falta de capacidad se presume** si el sujeto ha cometido uno de los dos delitos de peligro en materia de tráfico específicamente previstos (§§ 315c, 316) o ha huido del lugar del accidente (§ 142) tras haber originado importantes daños personales o materiales[18]; lo mismo sucede si ha cometido estos hechos en situación de embriaguez plena (§ 323a). El legislador supone que a través de la comisión de uno de estos delitos de tráfico —aún cuando posiblemente sólo actuara imprudentemente en las conductas tipificadas en los §§ 315c, 316— se ponen generalmente en evidencia deficiencias del carácter que fundamentan la privación del permiso de conducir. En cualquier caso, esta suposición es difícilmente justificable para el supuesto de conducción imprudente y sin consecuencias bajo los efectos del alcohol (§ 316 II). Aún cuando se cumplan los requisitos del § 69 II, el tribunal tiene pues que examinar si concurre una excepción al caso normal recogido por la Ley, sobre la base de las especialidades del hecho (por ejemplo, una imprudencia especialmente leve o una situación análoga al estado de necesidad) o del autor[19].

4. Si se cumplen los requisitos del § 69 entonces **debe ser impuesta** la privación del permiso de conducir; la proporcionalidad de la medida en atención, por ejemplo, a las consecuencias económicas o profesionales para el autor no ha de ser examinada de acuerdo con la regulación expresa contenida en el § 69 I 2[20]. Básicamente hay que privar en su conjunto del permiso para conducir [21]. Sin embargo, en virtud del § 69a II el tribunal puede dejar abierta a la autoridad administrativa la posibilidad de conceder al autor un permiso de conducir para determinadas clases de vehículos; una resolución de esta naturaleza puede ser completamente razonable, por ejemplo, si el autor sólo es peligroso durante su

---

pág. 8; *Himmelreich/Hentschel,* Fahrverbot Tomo I págs. 29-35; *Rosner,* Alkohol am Steuer, 1988; *Stephan/Kunkel,* BA 1989, pág. 347; *Utzelmann,* BA 1990, pág. 106; pueden encontrarse numerosas referencias jurisprudenciales en *Dreher/Tröndle,* § 69 núms. 10a, 10b.

[18] El límite gira en torno a 1500 – 2000 DM; vid. OLG Hamburg MDR 1989, pág. 477; OLG Düsseidorf NZV 1990, pág. 197; 1991, pág. 237; LG Baden-Baden NZV 1989, pág. 405; referencias adicionales en *Himmelreich/Hentschel,* Fahrverbot Tomo I págs. 26 ss.

[19] Vid. los ejemplos expuestos por *Dreher/Tröndle,* § 69 núm. 12a; *Krehl,* DAR 1986, págs. 36 ss.; *Lackner,* § 69 núm. 7; *LK (10.ª)(Rüth)* § 69 núm. 38; *Schönke/Schröder/Stree,* § 69 núms. 42 ss.

[20] Acertadamente crítico al respecto *Baumann,* Forensia 1987, págs. 49 ss.; *NK (Herzog)* § 69 núms. 36-38.

[21] De acuerdo con el § 69a I 3, si el autor carece de permiso de conducir se ordena sencillamente una suspensión para la concesión del mismo.

tiempo libre cuando ingiere alcohol y, en cambio, profesionalmente se dedica a la conducción de camiones que siempre hace en estado sobrio (vid. BayObLG JZ 1983, pág. 33; OLG Celle DAR 1985, pág. 90)[22]. Con la firmeza de la sentencia expira el permiso de conducir y se retira el carnet alemán que habilita para la conducción de vehículos (§ 69 III). Si, a pesar de ello, el condenado sigue haciéndolo entonces es castigado en virtud del § 21 I StVG.

Si alguien posee en territorio nacional un permiso de conducir válido para el *extranjero*, entonces la privación del permiso sólo es eficaz en relación con el tráfico viario *interno* (§ 69b I) pues un tribunal alemán no puede revocar como tal un permiso expedido por una autoridad extranjera. Por el mismo motivo tampoco se retira un carnet de conducir extranjero sino que la privación del permiso le es simplemente anotada (§ 69b II). Mantienen su validez los permisos de conducir expedidos por las autoridades de la RDA (Anexo I, Cap. XI, Campo B, Apartado III núm. 2 EV); naturalmente, en la actualidad son considerados documentos internos de modo que de acuerdo con el § 69 III 2 también puede retirarse un carnet de conducir procedente de la RDA[23].

5. Simultáneamente a la privación del permiso de conducir el tribunal fija un plazo dentro del cual la autoridad administrativa no puede expedir al autor un permiso de conducir nuevo (§ 69a I). Esta **suspensión** puede ser fijada por un plazo de entre seis meses[24] y cinco años, aunque también puede ser ilimitada. Para la duración del plazo de suspensión no resultan determinantes ni consideraciones propias de la gravedad de la culpabilidad ni de prevención general (vid. BGH 15, 393 [397]; BGH NStZ 1991, pág. 183; OLG Düsseldorf NZV 1993, pág. 117), sino únicamente la cuestión de durante cuánto tiempo es previsible que el autor siga careciendo de la aptitud para conducir[25]. Tras la expiración del plazo de suspensión la autoridad administrativa decide si, y bajo qué requisitos, expide un nuevo permiso de conducir (vid. BVerfGE 20, 365). El tribunal puede revocar anticipadamente la suspensión tras haberse cumplido el plazo mínimo[26] si existen razones para suponer que la aptitud para conducir del autor se restablecerá antes

---

[22] Acerca de los detalles parcialmente discutidos vid. *Dreher/Tröndle*, § 69a núms. 3, 3.ª; *Himmelreich/Hentschel*, Fahrverbot Tomo I págs. 81-91; *Schönke/Schröder/Stree*, § 69a núm. 3.

[23] *Lackner*, § 69a núm. 12; *Nettesheim*, DtZ 1991, pág. 365.

[24] Si dentro de los tres años anteriores ya se había ordenado una suspensión en contra del autor, entonces el plazo mínimo se eleva a un año (§ 69a III).

[25] Profundizando acerca de la fijación del plazo de suspensión *Dencker*, StV 1988, pág. 454; *Geppert*, Die Bemessung der Sperrfrist, 1968; *Himmelreich/Hentschel*, Fahrverbot Tomo I págs. 58-65; *Kulemeier*, Fahrverbot págs. 111-115, 243-245 (también acerca de las "tasas informales por el plazo de suspensión"); *NK (Herzog)* § 69a núms. 3-6.

[26] Esta posibilidad existe también en relación con la suspensión ilimitada impuesta en virtud del § 69a I 2; vid. OLG Düsseldorf DAR 1991, pág. 466; *Dreher/Tröndle*, § 69a núm. 15; *Himmelreich/Hentschel*, Fahrverbot Tomo I pág. 91; *SK (Horn)* § 69a núm. 12.

de lo esperado (§ 69a VII 1)[27]. Es suficiente con que ya no pueda ser mantenido el pronóstico negativo que resultó determinante para la privación del permiso de conducir[28]; si a partir de ese momento el tribunal (que conoce de la ejecución)[29] comprueba que el condenado es apto para la conducción de vehículos, entonces éste tiene derecho a una revocación anticipada del plazo, puesto que debe terminar una restricción a la libertad que ya no es necesaria. El límite mínimo del plazo de suspensión se minora según del tiempo durante el cual el sujeto fue privado provisionalmente del permiso en virtud del § 111a StPO (§ 69a IV 1). Por tanto, el tiempo de privación provisional del permiso de conducir no es *abonado* al plazo de suspensión sino que tan sólo se le suministra al juez de instancia la posibilidad de que hasta cierto punto tenga en cuenta los efectos positivos de la medida provisional. No obstante, debe ser fijado un resto del plazo de suspensión de al menos tres meses (§ 69a IV 2). Esta regulación se justifica con la idea de que la falta de aptitud del autor comprobada en la sentencia no puede aparecer nuevamente de forma inmediata[30]. Dicha normativa es sin embargo problemática porque puede impedir al condenado en primera instancia la interposición de un recurso[31] que alargaría el procedimiento y, con ello, la duración global de la privación del permiso de conducir[32].

6. Últimamente se han planteado diversas propuestas dirigidas a la **reforma** de la privación del permiso de conducir. Frente a la demanda aislada que promueve su derogación para fusionarla con la prohibición de conducir (§ 44)[33] hay que decir que la privación del permiso de conducir, con su actual configuración, constituye un medio irrenunciable para el mantenimiento de la seguridad del tráfico. Esto no excluye, sin embargo, que la regulación contenida en los §§ 69-69b sea mejorada en sus detalles de acuerdo con las experiencias suministradas por la praxis[34].

---

[27] También en este contexto puede ser importante que el autor se haya sometido a cursos de reciclaje; vid. *Dreher/Tröndle*, § 69a núm. 15; *Zabel/Zabel*, BA 1991, pág. 345.

[28] *NK (Herzog)* § 69a núm. 25; *SK (Horn)* § 69a núm. 14.

[29] Acerca del procedimiento vid. §§ 462, 463a V StPO.

[30] *Lackner*, § 69a núm. 5.

[31] Tras la sentencia del juzgador de *instancia* se abona completamente el tiempo de privación provisional del permiso de conducir (§ 69a V 2), de modo que con la interposición la revisión no se corre el riesgo de retrasar la restitución del permiso de conducir.

[32] Sobre ello vid. *Gontard*, Rebmann-Festschrift págs. 218-225; *Schönke/Schröder/Stree*, § 69a núm. 13; acertadamente a favor de un acortamiento más amplio del plazo de suspensión para el caso en el que la Fiscalía ha interpuesto sin resultado un recurso (naturalmente, si ha sido sin fundamento legal) *Dreher/Tröndle*, § 69a núm. 9a.

[33] Vid., por ejemplo, *P.-A. Albrecht/Hassemer/Voß* (edrs.), Rechtsgüterschutz durch Entkriminalisierung pág. 20; *Cramer*, Schröder-Gedächtnisschrift págs. 544-547; *Denzlinger*, ZRP 1988, pág. 369; referencias adicionales en *Himmelreich/Hentschel*, Fahrverbot Tomo I pág. 1.

[34] También a favor del mantenimiento de la medida de seguridad con pequeñas modificacio-

III. La inhabilitación profesional (§§ 70-70b)

1. De modo similar a como sucede con la privación del permiso de conducir, también la **inhabilitación profesional** (§ 70) está destinada a combatir la peligrosidad del autor en un ámbito determinado; aquí se trata de la *prevención de delitos* que están en relación con la *actividad comercial o profesional* del condenado. Dado que esta medida no sólo supone una injerencia en el derecho fundamental reconocido en el art. 12 GG sino que, además, la mayoría de las veces priva al autor de su sustento económico dificultando con ello sustancialmente su resocialización, la inhabilitación profesional se presenta entonces como una medida sumamente drástica que sólo puede ser admisible para evitar graves peligros que acechan a la colectividad[35]. En este sentido, pues, los tribunales hacen con acierto un uso muy restrictivo de esta posibilidad[36]. Es dudoso que la inhabilitación profesional tenga que preverse generalmente como pena principal porque la comisión de delitos relacionados con una actividad profesional es motivo para la imposición en muchos ámbitos de medidas deontológico-profesionales o administrativas que prohiben temporal o permanentemente el ejercicio de la actividad en cuestión (vid., por ejemplo, §§ 35, 59 GewO, § 15 en conexión con el § 4 GaststätenG)[37].

2. La imposición de la inhabilitación profesional presupone un **hecho motivador** y un **pronóstico desfavorable**.

---

nes, *Gontard*, Rebmann-Festschrift pág. 211; *Hentschel*, BA 1986, pág. 1; *Kulemeier*, Fahrverbot págs. 342-351; *Müller-Metz*, NZV 1994, págs. 93-95; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT págs. C 114-C 116.

[35] *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núm. 3.

[36] Desde el año 1970 la inhabilitación profesional se viene aplicando siempre en menos de 100 casos al año; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 124 (tabla 8); vid. también *supra* § 5 V 2. En Derecho *francés* la inhabilitación profesional está prevista en muchas disposiciones concretas como pena accesoria; vid. arts. 131-10, 131-28 del Código penal, así como *Zieschang*, Sanktionensystem págs. 116-118. También el art. 54 *schweiz.* StGB considera la inhabilitación profesional como una pena accesoria; la Comisión de Expertos para la Reforma de la Parte General ha propuesto su desaparición con argumentos que resultan atendibles (desproporcionalidad, dificultad de una descripción clara del comportamiento prohibido); vid. Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils págs. 92 ss. A favor, por el contrario, de una aplicación más asidua de la inhabilitación profesional *Kaiser*, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? págs. 41 ss.

[37] De acuerdo con el § 35 III GewO la autoridad administrativa no puede desviarse en perjuicio del comerciante de los hechos que el tribunal declara probados cuando, sobre la base del mismo comportamiento, pretenda prohibir a alguien el ejercicio de la actividad comercial por su conducta negligente. Profundizando acerca de la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo en este ámbito, *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 85-92.

a) Como *delito desencadenante* es tenido en cuenta cualquier hecho antijurídico que el autor ha cometido con abuso de profesión o con infracción de los deberes inherentes a la misma. En el momento de la comisión del hecho el agente también puede haber carecido de la capacidad de culpabilidad. Sin embargo, a la vista de la amplia intromisión que la inhabilitación profesional supone en la forma de vida del autor, la medida sólo puede acordarse frente a delitos *de importancia*[38]. Aparte de esto, el hecho debe poseer una *relación interna* con la profesión realmente ejercida por el autor (BGH 22, 144; BGH NJW 1983, pág. 2099; 1989, 3231 [3232]; NStZ 1988, pág. 176)[39].

Ejemplos: Concurre un abuso de la profesión si una enfermera roba morfina del hospital (OLG Hamburg NJW 1955, pág. 1568), cuando un abogado pasa armas a su defendido que se encuentra en prisión preventiva (BGH 28, 84) o si el profesor lleva a cabo acciones sexuales con los colegiales. En cambio, *no* existe una infracción típica del deber profesional cuando un comerciante no abona los impuestos o cotizaciones sociales que le son exigibles, pues tales deberes corresponden por igual a cualquier persona (BayObLG NJW 1957, pág. 958; KG JR 1980, pág. 247)[40].

b) Asimismo, una valoración global del hecho y del autor debe permitir reconocer el *peligro* de que aquél cometerá en el futuro delitos de importancia *relacionados con su actividad profesional.* La medida de seguridad sólo puede ser adoptada si, sobre la base del comportamiento y la situación del autor, tales delitos pueden ser pronosticados con una gran probabilidad.

En particular, este pronóstico es difícil de formular cuando al autor le es impuesta una pena de prisión que cumple en su totalidad, pues en este caso el tribunal ha de tener en cuenta el posible efecto (positivo o negativo) de la pena de prisión: la inhabilitación profesional sólo despliega su eficacia tras la excarcelación del autor (§ 70 IV 3) y no puede, a diferencia de lo que por ejemplo sucede con el internamiento en un centro de desintoxicación, ser objeto de una inmediata suspensión condicional[41]. Para no perjudicar al autor con una medida que al final pueda ser superflua, en estos casos debería

---

[38] *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núm. 8; *SK (Horn)* § 70 núm. 3.

[39] Pueden encontrarse ejemplos en *Dreher/Tröndle,* § 70 núm. 4; *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 20-27.

[40] Igualmente, *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 69 núm. 36; *Schönke/Schröder/Stree,* § 70 núm. 7; por el contrario, consideran como infracción profesional relevante la defraudación de cotizaciones sociales (aunque no la evasión de impuestos), *Dreher/Tröndle,* § 70 núm. 3; *Lackner,* § 70 núm. 3; *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 28-31; *Lang-Hinrichsen,* Heinitz-Festschrift págs. 492 ss.

[41] Vid. la problemática que con ello se genera, *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 45 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* § 70 núm. 13.

partirse de la suposición de que el cumplimiento de la pena contribuye a la eliminación de la peligrosidad vinculada con la profesión que aquél ejercía.

En todo caso, a la vista del principio de proporcionalidad (§ 62), hay que verificar si el peligro no puede ser eliminado a través de medidas menos drásticas. En este sentido, también se plantea la posibilidad de restringir la prohibición a un determinado *sector* profesional si éste puede ser descrito con determinación suficiente (vid. § 260 II StPO). La Ley no prevé el compromiso voluntario del autor de no seguir ejerciendo su profesión, pero tampoco la posibilidad de adoptar medidas deontológico-profesionales o administrativas elimina necesariamente el peligro existente[42]. Sin embargo, ambas cosas han de tenerse en cuenta por el tribunal pues la disposición que de buena fe hace el autor a buscarse otra actividad profesional o la prohibición administrativa de ejercer una ocupación concreta pueden disminuir de tal modo el peligro de reincidencia que la medida de seguridad no resulte ya necesaria[43].

c) Se discute la aplicabilidad del § 70 a funcionarios y periodistas. En relación con los primeros se acepta con frecuencia que la posibilidad de desposesión o pérdida de la condición de funcionario (§ 45 I, II) excluye como *lex specialis* la adopción de una inhabilitación profesional[44]. Esto, sin embargo, no es convincente debido a que aquella consecuencia accesoria de la condena, que posee una naturaleza jurídica similar a la de una sanción punitiva, no persigue la finalidad preventiva específica de la inhabilitación profesional y, en consecuencia, depende de unos requisitos completamente distintos. Aún cuando, por poner un ejemplo, en virtud del § 45 I un profesor pierde su condición de funcionario a causa de las relaciones sexuales que mantiene con sus colegiales, puede resultar necesario impedir que continúe con su comportamiento en una escuela privada a través del pronunciamiento adicional de una inhabilitación profesional[45]. En relación con los *periodistas* (y también respecto de los enseñantes en el sentido del art. 5 III GG) se plantea la cuestión de si su actividad profesional puede terminar exclusivamente por medio del procedimiento previsto en el art. 18 GG (pronunciamiento de la pérdida del derecho fundamental a la libertad de expresión por el Tribunal Constitucional). Sin embargo, tampoco la existencia de una regulación especial excluye la aplicabilidad del § 70 pues una inhabilitación profesional también puede ser indicada cuando la infracción del autor nada tiene que ver con un rechazo al orden democrático libre, tal y como pre-

[42] *Dreher/Tröndle*, § 70 núm. 17; *Lackner*, § 70 núm. 7; *Schönke/Schröder/Stree*, § 70 núm. 14.

[43] De forma similar *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 44, 47 ss.

[44] *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 302; *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 32 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 69 núm. 36.

[45] En el sentido del texto *SK (Horn)* § 70 núm. 6; a favor de una limitación de la medida de seguridad al ámbito de la actividad privada, *Dreher/Tröndle*, § 70 núm. 5.

supone el art. 18 GG[46]. Naturalmente, el procedimiento previsto en el art. 18 GG para la privación del derecho fundamental es de aplicación exclusiva a los casos en los que la acción por la que se acusa al autor consiste precisamente en la expresión de una opinión política (de otra opinión, BGH 17, 38)[47].

3. Aún cuando se cumplan todos los requisitos del § 70 la imposición de la inhabilitación profesional queda a **discrecionalidad** del tribunal. En el ejercicio de la misma el órgano judicial debe examinar particularmente la proporcionalidad de la medida.

4. Si se impone la inhabilitación profesional el condenado no sólo no puede trabajar por sí mismo en la profesión o industria correspondiente, sino que tampoco puede intentar eludir la prohibición sirviéndose de otras personas para su ejercicio (§ 70 III). Las vulneraciones que se produzcan frente a la inhabilitación profesionales son punibles en virtud del § 145c. La medida es adoptada por un plazo fijo que puede ir de uno a cinco años; sólo en casos especialmente excepcionales podría plantearse el pronunciamiento de una inhabilitación profesional "permanente" (§ 70 I 2).

5. La Ley no prevé un acortamiento posterior de la duración de esta medida. Es posible, sin embargo, una **suspensión condicional** de la misma cuando se ha superado su plazo mínimo de duración (§ 70a I, II 1). El autor puede ser sometido a ciertas restricciones durante el tiempo que dure la suspensión y, particularmente, la de estar sujeto a un asistente durante el periodo de prueba (§ 70a III 1 en conexión con los §§ 56c, 56d). Si el autor supera satisfactoriamente esta etapa entonces el tribunal declara extinguida la medida de seguridad (§ 70b V); en caso contrario revoca la suspensión a prueba (vid. los detalles en § 70b I, II).

6. Si a lo largo del proceso penal se pone de manifiesto que previsiblemente se va a adoptar contra el acusado una inhabilitación profesional, entonces el juez puede imponerla ya en la fase instructora como medida provisional (§ 132a StPO). El tiempo que el condenado no pudo ejercer su profesión por la adopción de la misma durante el procedimiento se abona al límite temporal mínimo de la inhabilitación fijado legalmente

---

[46] De acuerdo hasta cierto punto *LK (11.ª)(Hanack)* § 70 núms. 64-67; *SK (Horn)* § 70 núm. 7. En un sentido formal el § 70 es una "ley general" restrictiva de la libertad en el sentido del art. 5 II GG.

[47] Igualmente, *Èopiè*, JZ 1963, pág. 494; *Lang-Hinrichsen*, Heinitz-Festschrift págs. 482, 488-491; *Schwenck*, NJW 1962, pág. 1323; de otra opinión, *LK (10.ª)(Hanack)* § 70 núms. 72 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 70 núm. 4. El Tribunal Constitucional todavía no ha resuelto la cuestión con carácter general pero, en cualquier caso, ha considerado inobjetable la inhabilitación profesional dictada en virtud del § 70 para el autor que con sus publicaciones apoyaba la actividad de un partido político prohibido (BVerfGE 25, 88).

en un año; no obstante, la inhabilitación que en tales circunstancias se pronuncia con la sentencia no puede ser inferior a tres meses (§ 70 II; respecto a la problemática ligada a una regulación de esta naturaleza vid. *supra* § 78 II 5).

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

Baur, Die Bewährungsauflage der Schadenswiedergutmachung und das Zivilrecht, GA 1957, pág. 338; *Berndt,* Bewährungsauflage und Freiheitsstrafe, 1994; *Blau,* Die gemeinnützige Arbeit als Beispiel für einen grundlegenden Wandel des Sanktionenwesens, Gedächtnisschrift für Hilde Kajfmann, 1986, pág. 189; *Bock,* Zur dogmatischen Bedeutung unterschiedlicher Arten empirischen Wissens usw., NStZ 1990, pág. 457; *Bockwoldt,* Strafaussetzung und Bewährungshilfe, 1982; *Bode,* Die bedingte Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe, Festschrift für H. J. Faller, 1984, pág. 325; *Boetticher,* Zum Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung, NStZ 1991, pág. 1; *Böhm/Erhard,* Die Praxis der bedingten Strafrestaussetzung, MschrKrim 1984, pág. 365; *Bruns,* Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen, NJW 1959, pág. 1393; *Bublies,* Die Aussetzung des Restes der Ersatzfreiheitsstrafe, 1989; *Cornel,* Rechtliche Aspekte der Wahrnehmung der Dienst-und Fachaufsicht im Bereich der Bewährungshilfe, GA 1990, pág. 55; *Dölling,* Die Verlängerung der Bewährungszeit nach § 56f II StGB, NStZ 1989, pág. 345; *el mismo,* Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentzug usw., ZStW 104 (1992) pág. 259; *Dünkel,* Probleme der Strafaussetzung zur Bewährung usw., ZStW 95 (1983) pág. 1039; *el mismo,* Strafaussetzung zur Bewährung usw. im internationalen Vergleich, en: *Dünkel/Spieß* (edrs.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1983, pág. 397; *Dünkel/Ganz,* Kriterien der richterlichen Entscheidung bei der Strafrestaussetzung, MschrKrim 1985, pág. 157; *Dünkel/Spieß,* Krimlnalpolitische Bewertung der Strafaussetzung, en: *los mismos,* (edrs.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1983, pág. 503; *los mismos,* Perspektiven der Strafaussetzung zur Bewährung usw., BewH 1992, pág. 117; *Eisenberg,* Auslegungsprobleme des § 57 II Nr. 1 StGB n.F., NStZ 1987, pág. 167; *el mismo,* Anmerkung zu BVerfGE 86, 288, JZ 1992, pág. 1188; *Eisenberg/Ohder,* Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung, 1987; *Elf,* Die Relativierung der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord usw., NStZ 1992, pág. 468; *Fenn,* Kriminalprognose bei jungen Straffälligen, 1981; *Figueiredo Dias,* Direito penal português, Parte geral II, 1993; *Frehsee,* Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtficher Sozialkontrolle, 1987; *Frisch,* Prognoseentscheidungen im Strafrecht, 1983; *el mismo,* Dogmatische Grundlagen der bedingten Entlassung usw., ZStW 102 (1990) pág. 707; *Geis,* Die pragmatische Sanktion der "verfassungskonformen Analogie", NJW 1992, pág. 2938; *Hesener,* Die Arbeitsbeziehung Bewährungshelfer — Proband, 1986; *Horn,* Der Aussetzungswiderruf und das Absehen davon, JR 1981, pág. 5; *el mismo,* "Vertrauensschutz"

contra Aussetzungswiderruf? Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 545; *el mismo,* Die Bemessung der Geldauflage nach § 56b Abs. 2 Nr. 2 StGB, StV 1992, pág. 537; *Horstkotte,* Praktische Konsequenzen der Strafzumessungsforschung, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog, 1989; *Jescheck,* 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; *Jung,* Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, JuS 1982, pág. 222; *el mismo,* Anmerkungen zur Rechtsstellung des Bewährungshelfers, Festschrift für H. Göppinger, 1990, pág. 511; *Kerner/Hermann/Bockwoldt,* Straf(rest)aussetzung und Bewährungshilfe, 1984; *Köhler,* Zwangsarbeitsverbot und Jugendstrafe, JZ 1988, pág. 749; *Kürzinger,* Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in der Bundesrepublik Deutschland, en: *Jescheck* (ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Tomo III, 1984, pág. 1736; *Kunert,* Gerichtliche Aussetzung des Restes der lebenslangen Freiheitsstrafe kraft Gesetzes, NStZ 1982, pág. 89; *Laubenthal,* Die Einwilligung des Verurteilten in die Strafrestaussetzung zur Bewährung, JZ 1988, pág. 951; *Meurer,* Strafaussetzung durch Strafzumessung bei lebenslanger Freiheitsstrafe, JR 1992, pág. 441; *Mrozynski,* Die Wirkung der Unschuldsvermutung usw., JZ 1978, pág. 255; *el mismo,* Zur Problematik strafrechtlicher Weisungen, JR 1983, pág. 397; *Müller-Dietz,* Zur Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Gedächtnisschrift für D. Schultz, 1987, pág. 253; *el mismo,* Lebenslange Freiheitsstrafe und bedingte Entlassung, Jura 1994, pág. 72; *Mysegades,* Zur Rechtsproblematik der Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe, 1988; *Ostendorf,* Unschuldsvermutung und Bewährungswiderruf, StV 1990, pág. 230; *Revel,* Anwendungsprobleme der Schuldschwereklausel des § 57a StGB, 1989; *Schall,* Auf der Suche nach strafrechtlichen Modifikationen und Alternativen, en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13. Bundestagung, 1990, pág. 339; *Schenkel,* Keine berufsbezogene Schweigepflicht hauptamtlicher Bewährungshelfer nach § 203 I Nr. 5 StGB, NStZ 1995, pág. 67; *Schöch,* Bewährungshilfe und Führungsaufsicht in der Strafrechtspflege, NStZ 1992, pág. 364; *Stark,* Die lebenslange Freiheitsstrafe nach der Entscheidung des BVerfG vom 3. Juni 1992, JZ 1994, pág. 189; *Stree,* Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960; *el mismo,* Probleme des Widerrufs einer Strafaussetzung wegen einer Straftat, NStZ 1992, pág. 153; *el mismo,* Neue Probleme der Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe, NStZ 1992, pág. 464; *Ventzke,* § 56 Abs. 2 — Eine Ermessensvorschrift? StV 1988, pág. 367; *Vogler,* Zum Aussetzungswiderruf wegen einer neuen Straftat (§ 56f Abs. 1 Nr. 1 StGB), Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 423; *Walter/Geiter/Fischer,* Halbstrafenaussetzung — ein ungenutztes Institut zur Verringerung des Freiheitsentzugs, NStZ 1989, pág. 405; *los mismos,* Halbstrafenaussetzung — Einsatzmöglichkeiten dieses Instituts zur Verringerung des Freiheitsentzugs, NStZ 1990, pág. 16; *Zipf,* Teilaussetzung bei Freiheits— und Geldstrafen, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 976; *el mismo,* Die Einführung der teilbedingten Strafe in Österreich, Festschrift für H. Göppinger, 1990, pág. 463.

I. La suspensión condicional de la pena (§§ 56-56g)

1. Con el instituto jurídico de la suspensión condicional (o a prueba) de la pena el legislador creó en el año 1953 un medio sumamente razonable y flexible para ejercer una **influencia** resocializadora **sobre el autor sin privación de libertad** (acerca de los diferentes modelos de condena condicional vid. *supra* § 8 VI). No es precisamente casualidad que, desde entonces, el ámbito de aplicación de esta institución haya crecido continuamente. Esta figura, regulada detalladamente en los §§ 56-56g, conecta la fuerza simbólica de la declaración de culpabilidad con la renuncia a una pena de prisión que a menudo despliega efectos desocializadores; por otro lado, el autor queda bajo la espada de Damocles que representa la posible ejecución de la pena, por lo que de este modo se le motiva a desarrollar un comportamiento adecuado a Derecho. Además, por medio de las instrucciones que le son impuestas (§ 56c) y del apoyo del asistente durante el plazo de prueba (§ 56d), se puede aspirar positivamente a la eliminación de factores criminógenos; ello con independencia de que, además, las condiciones impuestas pueden asumir una función similar a la de la pena. La suspensión a prueba se ha impuesto en la praxis: en el año 1991 la ejecución de un 68% de todas las penas de prisión fue suspendida condicionalmente; en las penas de prisión de hasta un año de duración ese porcentaje llega incluso al 75% [1]. Asimismo, se ha comprobado que la introducción de grupos de delincuentes fuertemente gravosos en la suspensión de la pena no ha conducido a una disminución de la cuota de condenas condicionales exitosas[2].

2. No existe acuerdo acerca de la **naturaleza jurídica** de la suspensión condicional de la pena[3]. Desde un punto de vista *político-criminal* la suspensión se presenta como una **sanción penal autónoma** que, de acuerdo con su configuración en el caso concreto, puede suponer una acentuación del carácter de una renuncia a la pena (si se limita a la imposición de un periodo de prueba), de una pena (por ejemplo, si se imponen condiciones fuertemente gravosas), de una medida de seguridad (vid. las instrucciones mencionadas en el § 56c III) o de una combinación entre pena y medida de seguridad. La ventaja de la suspensión de la

---

[1] Fuente: *Statistisches Bundesamt,* Rechtspflege, Serie 3: Strafverfolgung 1991, 1993, págs. 46 ss.

[2] Vid. las referencias contenidas en *Dunkel/Spieß,* BewH 1992, págs. 118-121.

[3] Vid. al respecto *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 694 ("consecuencia jurídica de tipo especial, tercera vía en Derecho penal"); *Lackner,* § 56 núm. 2 ("modificación de la ejecución de la pena"); *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 1 ("forma de sanción de carácter autónomo"); *Schönke/Schröder/Stree,* § 56 núms. 3 ss.; *SK (Horn)* § 56 núm. 2.

pena reside precisamente en la posibilidad de adaptar la sanción a las circunstancias y necesidades del autor. No obstante, desde una perspectiva *sistemática* este instituto presupone la imposición de una pena de prisión y por ello no supone más que una **dispensa condicional de la ejecución de la pena**[4].

3. En todo caso, de acuerdo con el § 56, la concesión de la suspensión condicional presupone la **expectativa** del tribunal de que en un futuro el autor **no** cometerá **más delitos** (*pronóstico favorable*; § 56 I 1). En lo demás, la admisibilidad de la suspensión depende de requisitos diversos que varían según la gravedad de la pena de prisión fijada por el tribunal[5]: tal y como se deduce del § 56 I, III, las penas de prisión *inferiores a seis meses* se suspenden *siempre* si concurre un pronóstico favorable[6]. Básicamente, también se suspende la ejecución de penas de prisión de *entre seis meses y un año* a no ser que la defensa del Ordenamiento jurídico exija su ejecución (§ 56 III). Con aquellas que son *superiores a uno* pero *no superan los dos años*, junto al pronóstico favorable deben añadirse también "circunstancias especiales" que se deriven de una valoración global del hecho y de la personalidad del autor y que hagan recomendable la ventaja que supone la concesión de la suspensión (§ 56 II); también es además necesario que la defensa del Ordenamiento jurídico no requiera la ejecución de la pena. Esta graduación de los requisitos deja claro que, frente a una renuncia a la ejecución de la pena fundada preventivo-especialmente, la creciente gravedad del hecho otorga una mayor importancia al interés en la ejecución real de la sanción que posee una

---

[4] De modo similar, BGH 24, 40 (43); *Dreher/Tröndle*, § 56 núm. 1a; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 56 núm. 12 ("resocialización ambulante"); *Schäfer*, Praxis núm. 104. Por el contrario, *SK (Horn)* § 53 núm. 3, sitúa en un primer plano la sanción a prueba y concibe la prisión impuesta sólo como una "pena sustitutiva".

[5] Es determinante la cuantía de la pena *impuesta* y no la parte que todavía quede por ejecutar; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 6; *SK (Horn)* § 56 núm. 8. Y así, por ejemplo, una pena de prisión de tres años no puede ser suspendida condicionalmente si ya se han liquidado 18 meses a través del abono de la prisión preventiva sufrida (§ 51). Según la opinión mayoritaria si una pena de prisión se ha cumplido ya completamente a través de la prisión preventiva, entonces ya no puede ser suspendida condicionalmente a pesar de que ello comportaría ciertas ventajas para el autor en relación con la anotación de sus antecedentes penales (vid. § 34 I BZRG); BGH 31, 25; *Dreher/Tröndle*, § 56 núm. 2; *Lackner*, § 56 núm. 6; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 7; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 65 núm. 16; críticamente *Schäfer*, Praxis núm. 106; a favor de la suspensión también en este caso *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 13.

[6] Esto rige aún (y precisamente) cuando el tribunal ha estimado necesaria la *imposición* de una pena de prisión de hasta seis meses "para la defensa del Ordenamiento jurídico" o "para influir sobre el autor"; y ello porque mediante esta declaración no se indica que también sea necesaria la *ejecución* de la pena; *Lackner*, § 56 núm. 13; *SK (Horn)* § 56 núm. 20; *Streng*, Sanktionen pág. 66; contradictorio en este punto *Dreher/Tröndle*, § 56 núm. 7.

orientación preventivo-general. La suspensión está completamente excluida en penas de prisión superiores a los dos años. Por ahora no se han impuesto las propuestas que, de acuerdo con otros modelos extranjeros[7], se dirigen a la ampliación de la posibilidad de una suspensión a penas más altas[8].

La **fijación de la cuantía de la pena** debe orientarse exclusivamente de acuerdo con los criterios suministrados por el § 46. El tribunal no puede superar el límite de los dos años del § 56 II e imponer una pena cuya gravedad no se adecua a la culpabilidad del autor (o, en su caso, imponerla más baja) con la intención de evitar la suspensión condicional (o, en su caso, para posibilitarla) (BGH 29, 319; BGH NStZ 1988, pág. 309; 1992, pág. 489)[9]. Esto no excluye, sin embargo, que en la fijación de la extensión de la pena *dentro* del "marco de la culpabilidad" (vid. al respecto *infra* § 82 IV 6) se tengan en cuenta las consecuencias de la misma en atención al § 56 (vid. § 46 I 2)[10].

---

[7] Por ejemplo, cabe la suspensión condicional de penas de prisión superiores a los dos años en *Bélgica* (art. 8 Loi cencernant la suspension, le sursis et la probation de 29.6.1964: pena de prisión de hasta 3 años) *Francia* (arts. 132-40, 132-41 C.p.: prisión de hasta cinco años; vid. al respecto, *Zieschang,* Sanktionensystem págs. 162-177) y en *Portugal* (art. 48-1 port. StGB: pena de prisión de hasta tres años; vid. sobre ello *Figueiredo Dias,* Direito penal portugués, Parte geral II págs. 341 ss.); vid., además, el art. 42 del *Anteproyecto de la Comisión de Expertos* para *Suiza* (penas de prisión de hasta tres años). En *Austria* (§ 43a IV österr. StGB) en las penas de prisión de hasta tres años puede ser suspendida una *parte* de la sanción impuesta; profundizando en la suspensión parcial *Zipf,* Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 977; *el mismo,* Göppinger-Festschrift pág. 463. También hay que tener en cuenta que en los países en los que se aplica el sistema de la "Probation" (vid. supra § 8 VI 2) no existe desde un principio ninguna limitación en torno a una determinada cuantía de la pena. Vid. en concreto la visión de Derecho comparado que ofrece *Dünkel,* ZStW 95 (1983) págs. 1058 ss.; *Jescheck,* en: *el mismo* (ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate págs. 2099 ss.

[8] *Dölling,* ZStW 104 (1992) págs. 277 ss.; *Dünkel,* ZStW 95 (1983) págs. 1072 ss.; *Dünkel/Spieß,* en: *los mismos,* (edrs.), Alternativen zur Freiheitsstrafe pág. 507; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 65 núm. 9; *Schall,* en: *Deutsche Bewährungshilfe* (ed.), Die 13. Bundestagung págs. 345-349; vid. también *Kürzinger,* en: *Jescheck* (ed.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate Tomo III págs. 1918-1920; no obstante, la postura del Gobierno Federal disiente de tales planteamientos, vid. BT-Drucks. 10/5828 pág. 3; *Zieschang,* Sanktionensystem págs. 450 ss.

[9] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 2; *Schönke/Schröder/Stree,* § 56 núm. 6; desde una perspectiva de *lege ferenda* mostrándose a favor de la preferencia sistemática de la resolución acerca de la suspensión condicional, *Dünkel/Spieß,* BewH 1992, págs. 122 ss., 132 ss.

[10] Acertadamente, *Schäfer,* Praxis núm. 105. Por ejemplo, la jurisprudencia admite que, de acuerdo con el § 41, se imponga adicionalmente a la pena de prisión una pena de multa para que la primera pueda seguir siendo objeto de suspensión condicional; BGH 32, 60 (65-67); *Dreher/Tröndle,* § 56 núm. 2.

4. a) El umbral determinante para la concesión de la suspensión condicional es el **pronóstico favorable** en el sentido del § 56 I 1. Por regla general, los tribunales resuelven de un modo *intuitivo* sobre la base de la experiencia acumulada por los jueces que es transmitida y continuada por la doctrina de los tribunales superiores. Los métodos de pronóstico estadístico se pueden imponer tan poco en la praxis como los —por regla general— caros dictámenes periciales de carácter clínico que un especialista emite sobre el autor[11]. La Ley prevé la suspensión de la pena para el caso en el que —en el momento en que se dicta sentencia[12]—, aún sin la influencia derivada de la ejecución de la pena, cabe esperar que el condenado no cometa ningún delito más.

b) Esta formulación es problemática en múltiples sentidos. Ante todo, parte de la suposición alejada de la realidad de que la "influencia procedente de la ejecución de la pena" puede contribuir a la resocialización del autor *más* que la suspensión de la misma[13]. De este modo, según la opinión mayoritaria, el tribunal está impedido para comparar recíprocamente los efectos previsibles de la ejecución de la pena y de su suspensión, así como para elegir en el caso concreto las alternativas que sean más favorables desde un punto de vista preventivo-especial[14]. En lugar de ello (sólo) hay que indagar si la permanencia del autor en libertad admite la expectativa de una vida alejada del delito. En este punto se plantea la cuestión adicional de si debe rechazarse ya la suspensión cuando se cuenta con la comisión de *cualquier* delito (por ejemplo, de una injuria o de un hurto). Mayoritariamente se plantean aquí mayores exigencias: sólo el pronóstico de delitos que sean comparables en naturaleza y gravedad con el hecho enjuiciado debe obstaculizar la suspensión de la pena[15]. Del tenor literal de la Ley tampoco se deriva una limitación de esta naturaleza. Sólo en los casos menos frecuentes la previsión de delitos ajenos a la personalidad o de "delitos usuales", que vienen a ser cometidos realmente por muchas personas, se deriva racionalmente de la comisión de *otros* delitos; en el marco del § 56

---

[11] Acerca de los diferentes métodos del pronóstico de un comportamiento delictivo vid. *Fenn,* Kriminalprognose págs. 7 ss.; *Frisch,* Prognoseentscheidungen págs. 108 ss.; *Kaiser,* Kriminologie §§ 108-112; *LK (11.ª)(Hanack)* nota preliminar núms. 107-127 antes del § 61; *Streng,* Sanktionen págs. 223 ss.

[12] *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 65 núm. 18; *Schäfer,* Praxis núm. 111; *Schönke/Schröder/Stree,* § 56 núm. 17.

[13] Vid. *Horstkotte,* en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung págs. 284 ss.; *SK (Horn)* § 56 núm. 11b.

[14] *Dreher/Tröndle,* § 56 núm. 4; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 25; *Schönke/Schröder/Stree,* § 56 núm. 18; a favor, sin embargo, de un análisis comparativo *Dünkel/Spieß,* BewH 1992, pág. 133; *SK (Horn)* § 56 núm. 11c.

[15] *Schönke/Schröder/Stree,* § 56 núm. 15; *SK (Horn)* § 56 núm. 9a; vid. también *Lackner,* § 56 núm. 8 (no se tiene en cuenta el pronóstico de comisión de delitos leves).

al autor no le puede perjudicar el riesgo genérico de cometer un delito a cuya tentación puede sucumbir cualquiera[16].

Básicamente, ha de contarse *enseguida* con un comportamiento del autor alejado de toda pena. Sin embargo, una expectativa de esta naturaleza es poco realista en determinadas inclinaciones habituales a la comisión de delitos; sólo con el desarrollo de una larga terapia puede esperarse que el autor sea capaz de llevar una vida apartada del delito. La Ley ha reconocido expresamente esta situación para los casos de *exhibicionistas* pues sólo permite la suspensión condicional si se cuenta con que el autor "*tras un largo tratamiento curativo*" no cometerá más acciones exhibicionistas (§ 183 III; vid. al respecto BGH 34, 150). Cada vez en mayor medida la praxis procede de modo similar con los *delincuentes drogadictos* dispuestos a someterse a la correspondiente terapia; aquí los tribunales se atienen incluso a buscar posibilidades de una terapia ambulante adecuada para evitar la imposición de una pena de prisión ejecutable (BGH NJW 1991, pág. 3289; StV 1992, pág. 63; vid. también BayObLG StV 1992, pág. 15)[17].

c) La *dificultad principal* reside en la cuestión relativa a cómo de seguro ha de ser el pronóstico de un comportamiento del autor adecuado a Derecho. Dado que es completamente imposible realizar enunciados fiables acerca del desarrollo futuro de una persona por tiempo indefinido (el § 56 I 1 no limita la duración del comportamiento íntegro a pronosticar), es claro que la suspensión de la pena no puede estar vinculada a la *certeza* sobre una conducta libre de pena. En la mayoría de los casos se acepta que es suficiente con la **probabilidad fundada** de un **modo de vida alejado de la pena** (BGH NStZ 1986, pág. 27)[18]. Problemática es, sin embargo, la repercusión del principio procesal de "en caso de duda a favor del acusado". Si en el marco del § 56 cualquier vacilación se solucionara a favor del autor, sólo podría ser verificado un pronóstico desfavorable en los casos absolutamente infrecuentes en los que la reincidencia puede predecirse con una probabilidad rayana en la seguridad. Tampoco se escapa de este dilema si, tal y como hace la opinión mayoritaria, sólo se aplica el principio "in dubio pro reo" a los *hechos* que integran el pronóstico y no a éste mismo[19].

---

[16] En definitiva, coincide también *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 14.

[17] Al respecto vid. también *Lackner*, § 56 núm. 13; *Schäfer*, Praxis núm. 115; *SK (Horn)* § 56 núm. 11.

[18] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 16; *SK (Horn)* § 56 núm. 11.

[19] Así, *Dreher/Tröndle*, § 56 núm. 5; *Lackner*, § 56 núm. 8; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 16; *Schäfer*, Praxis núm. 110; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 16; no obstante, en contra de la aplicación de este principio a los hechos que sirven de base para el pronóstico *SK (Horn)* § 56 núm. 12.

Ejemplo: Existe duda sobre si el autor de un delito relacionado con la droga se mantendrá alejado del ambiente donde ésta circula, si está en situación de aguantar una terapia de desintoxicación ya comenzada o si su relación con una nueva compañera influirá sobre él estabilizándole. Si "en caso de duda" estas cuestiones se resuelven a favor del autor se llega forzosamente a un pronóstico positivo. De todos modos, el pronóstico es precisamente inseguro porque las dudas mencionadas existen desde una perspectiva real.

El problema se soluciona, probablemente, no aplicando aquí en absoluto el principio "in dubio" pues no se trata ahora de la aclaración de hechos pasados; más bien hay que dejar que permanezcan las inevitables incertidumbres del pronóstico y acudir a una regla normativa para decidir sobre una base fáctica insegura. El contenido material de dicha regla depende de cuál sea el riesgo de reincidencia que la comunidad jurídica está dispuesta a aceptar. La circunstancia de que a menudo la ejecución de penas de prisión y, particularmente, las que llegan hasta los dos años, sólo aplazan (temporalmente) y no eliminan el peligro de nuevos delitos, habla mucho a favor de que también ante la existencia de inseguridad se haga un uso generoso de la posibilidad de suspensión de la pena[20].

d) En el § 56 I 2 son enumeradas ejemplificativamente **circunstancias individuales** que pueden tener influencia sobre el pronóstico. La *personalidad* del autor también puede aquí ser tenida en cuenta en perjuicio suyo aunque no pueda responsabilizarse por de determinados rasgos de la personalidad promotores de la reincidencia (por ejemplo, debilidad mental o inclinación patológica a comportamientos sexuales punibles)[21]. En relación con su "*vida anterior*" le perjudica sobre todo la existencia de delitos anteriores[22]. No obstante, hay que

[20] Un enfoque acertado puede encontrarse en la investigación de *Frisch*, Prognoseentscheidungen págs. 49-53, 80 ss.; las amplias consecuencias que *Frisch* extrae detalladamente (págs. 133-142) no pueden ser discutidas aquí (vid. críticamente sobre ello *SK [Horn]* § 56 núm. 11a).

[21] *Dreher/Tröndle*, § 56 núm. 6a; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 24; *Streng*, Sanktionen pág. 68; vid. también *Bock*, NStZ 1990, págs. 462 ss., quien sin embargo quiere hacer depender la concesión de la suspensión de la pena de si el autor puede responsabilizarse de sus cualidades criminógenas. También en los *delincuentes por convicción* se plantea una posible suspensión pues ya no es importante si el autor cambiará su personal sistema de valores sino sólo si el autor se abstendrá de cometer *delitos* adicionales; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 17; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 65 núm. 19.

[22] Su existencia no necesita ser comprobada a través de la firmeza de sus condenas. Es suficiente con que el tribunal que ha de decidir sobre la suspensión se convenza de la comisión por el autor de hechos indiciarios; BVerfG NStZ 1988, pág. 21; *Lackner*, § 56 núm. 10; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 19; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 21. Por otra parte, de acuerdo con el § 51 II BZRG, los antecedentes que ya han sido cancelados del Registro Federal de Penados no pueden ser traídos a colación para la fundamentación de un pronóstico desfavorable.

valorarlos cuidadosamente en función de su relevancia para el pronóstico y de ningún modo pueden conducir "automáticamente" al rechazo de la suspensión de la pena[23]. Del mismo modo, las *circunstancias del hecho* sólo son consideradas en perjuicio del autor cuando de ellas se deriva de forma especial un peligro de reincidencia; tratándose de la primera comisión de un delito esto sucederá en pocas ocasiones. Al contrario, la naturaleza puramente ocasional de la situación sugiere un pronóstico favorable. El *comportamiento posterior al hecho* constituye también un indicio para la resolución positiva de la suspensión si mediante el mismo se evidencia que el autor —por voluntad propia o con ayuda de otros— se sitúa nuevamente del lado de la Ley. Una señal especialmente intensa de esta circunstancia viene suministrada por el esfuerzo del autor en la reparación de las consecuencias del hecho (vid. §§ 46 II *in fine*, 56 II 2). Por otro lado, los pronósticos *negativos* derivados del comportamiento posterior al delito sólo pueden ser extraídos con mucha cautela. Esto rige particularmente para aquellas formas de conducta por medio de las cuales el autor se esfuerza en evitar su procesamiento y condena (BGH StV 1988, pág. 61)[24]. Las *condiciones de vida* del autor tienen sobre todo importancia en la medida en que suministran información acerca de si el autor por medio de su entorno (familia, puesto de trabajo) será apoyado en su esfuerzo para desarrollar un comportamiento adecuado a Derecho. De especial importancia para el pronóstico son los *efectos que pueden esperarse de la suspensión*. Ésta puede desarrollar ante todo un efecto estabilizador evitando la influencia negativa de la ejecución de la pena[25]. Asimismo, han de ser objeto de consideración las posibilidades impeditivas de la reincidencia que ofrecen determinadas condiciones y, particularmente, el sometimiento a un asistente durante el periodo de prueba (§ 56d), así como la imposición de instrucciones (§ 56c)[26]. Así pues,

---

[23] Acertadamente, *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 18; *Schäfer*, Praxis núm. 113; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 22; *SK (Horn)* § 56 núm. 17. Sin embargo, la jurisprudencia exige una profunda motivación del tribunal si se va a conceder al autor la suspensión condicional de la pena a pesar de la existencia de antecedentes penales y/o quebrantamientos de otros periodos de prueba; vid. OLG Düsseldorf JR 1988, pág. 72; restrictivo también *Dreher/Tröndle*, § 56 núm. 6b.

[24] Y así, el negar el delito fundamenta tan poco un pronóstico desfavorable como la *omisión* de la reparación del daño, pues precisamente esto último puede serle impuesto al autor en la suspensión de la pena (§ 56b II núm. 1); *Lackner*, § 56 núm. 12; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 23; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 24; *SK (Horn)* § 56 núms. 14 ss.

[25] En este contexto es completamente obligado incluir en la ponderación los posibles efectos negativos de la ejecución de la pena.

[26] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 24b; *SK (Horn)* § 56 núms. 11b, 18a; *Streng*, Sanktionen pág. 68.

sólo puede ser emitido un pronóstico negativo cuando previsiblemente vaya a carecer de eficacia la totalidad del potencial resocializador del que la Ley dispone.

5. Aún cuando exista un pronóstico favorable, en las penas de prisión de entre seis meses y un año no puede ser concedida la suspensión condicional si la "**defensa del Ordenamiento jurídico**" exige la ejecución de la pena (§ 56 III). Este criterio posee también importancia para la cuestión de si debe ser *impuesta* una pena corta de prisión (§ 47 I; vid. *supra* § 72 III 1). Al igual que en el § 47, también aquí ha de comprobarse mediante una valoración global de la totalidad de las circunstancias del hecho y de la personalidad del autor (acerca de su influencia vid. BGH *Detter* NStZ 1994, págs. 474, 477), si el mero pronunciamiento de la pena sin su ejecución "podría ser entendido por la población como una complacencia injustificada y un inseguro retroceso frente al delito, a la vista de la extraordinaria configuración del caso concreto"; una pena de prisión de hasta un año de duración sólo puede ser ejecutada cuando la suspensión de la pena "aparezca como algo completamente incomprensible para el sentimiento jurídico general" y pueda "verse conmocionada la confianza de la población en la inviolabilidad del Derecho" (BGH 24, 40 [46]). Esta declaración fundamental del BGH, que ha encontrado una aceptación generalizada[27], interpreta de forma acentuadamente restrictiva la fórmula de la "defensa del Ordenamiento jurídico" como excepción frente al caso normal, puesto que ya la *imposición* de una pena de prisión de hasta un año de duración y su suspensión condicional alcanzan a mantener la confianza de la población en las normas jurídicas. En el caso contrario de que la creencia en la racionalidad de la Administración de Justicia resultara menoscabada, el autor sólo puede ser privado de su libertad a pesar de la existencia de un pronóstico favorable para la suspensión de la pena como un medio para la preservación de la "prevención general positiva".

De este modo queda claro que en la fundamentación de la necesidad de defensa se *segregan* dos factores determinados: la negativa a la suspensión de la pena no puede apoyarse (sólo) sobre la gravedad de la culpabilidad[28] o en la realización de un tipo determinado[29]; también aquí estarían de más consideraciones de tipo preventivo-especial. Por otra parte, aún cuando de los pasajes antes citados esto

---

[27] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 56 núms. 8-8b; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 46 con referencias adicionales.

[28] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 43.

[29] Vid. BGH StV 1989, pág. 150 (delito de tráfico de drogas); BGH NJW 1990, pág. 193 (conducción bajo los efectos de la embriaguez); *Lackner*, § 56 núm. 16; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 55; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 40.

no queda claro, la necesidad de defensa del Ordenamiento jurídico no se ha de determinar *empíricamente* pues no depende ni del resultado de las encuestas de opinión de la población ni de los planteamientos del ofendido o de otras personas concretas (BGH 24, 40 [44])[30]. De ahí que, finalmente, resuelva la cuestión una **valoración del hecho** (que incluya elementos relevantes de la personalidad del autor) por parte del tribunal[31]: cuando éste sea de la opinión de que el hecho es de tal gravedad que en su conjunto la declaración de culpabilidad, la imposición de la pena y de las condiciones para la suspensión (§ 56b) no se presentan como reacción suficiente del Estado, ordenará la ejecución de la sanción aún cuando ello pueda comportar consecuencias desfavorables desde un punto de vista preventivo-especial. Equivocado es, no obstante, gravar además al autor con eventuales necesidades derivadas de la intimidación colectiva (por ser el hecho "expresión de una opinión extendida"; así, BGH 24, 40 [47])[32].

6. Si el tribunal impone una pena de prisión superior a un año pero no sobrepasa los dos, entonces sólo se plantea una suspensión de la pena si junto al pronóstico favorable concurren **"circunstancias especiales"** que hablen a favor de ello (§ 56 II). También aquí exige (nuevamente) la Ley una "valoración global" del hecho y de la personalidad del condenado. Sin embargo, el legislador no especifica en que han de consistir esas "circunstancias especiales"; tan sólo se pone de relieve el esfuerzo del autor por la reparación del daño (§ 56 II 2). La jurisprudencia señala con razón que para la fundamentación de la suspensión pueden ser traídas a colación toda clase de consideraciones propias de la atenuación de la pena[33]; también aquellos factores que individualmente no poseen mucha importancia pueden dar lugar mediante su conjunción a las mencionadas "circunstancias especiales" (BGH NStZ 1986, pág. 27; 1991, pág. 581)[34]. También en la franja de entre uno y dos años no puede suspenderse condicionalmente la

---

[30] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núms. 46, 48; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 65 núm. 24.

[31] Con razón indica *SK (Horn)* § 56 núm. 24, que nadie puede afirmar de modo plausible "cómo ha ser considerado un hecho de forma que la respuesta "justa" pueda residir sólo en una pena de prisión ejecutable". De ahí que haya quien se muestre a favor de la desaparición de la reserva de "la defensa del Ordenamiento jurídico", vid. *Dünkel/Spieß*, BewH 1992, pág. 133.

[32] De forma similar también *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 49; *Schäfer*, Praxis núm. 117; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 38; vid. asimismo la 4.ª ed. de esta obra pág. 756.

[33] Esto es válido también aún cuando ya han desempeñado su papel en la fijación de la cuantía de la pena de prisión pues según el § 50 la "prohibición de la doble valoración" no resulta aplicable aquí; BGH NStZ 1985, pág. 261; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 38; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 65 núm. 29; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 24c.

[34] *Dreher/Tröndle*, § 56 núm. 9d; *Lackner*, § 56 núm. 20; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56 núm. 35; *Schäfer*, Praxis núm. 124.

pena si la "*defensa del Ordenamiento jurídico*" exige su ejecución (§ 56 III). Aún cuando la pena —como sucede cada vez con mayor frecuencia— sea fijada en el límite superior que sigue siendo "susceptible de suspensión", el tribunal no tiene que profundizar necesariamente en su sentencia sobre el § 56 III (BGH NJW 1995, págs. 1038 ss.).

A pesar de que el tribunal conteste afirmativamente a todos los requisitos del § 56 II, de acuerdo con el tenor literal de la Ley todavía le queda un espacio de discrecionalidad: aquél *puede* suspender condicionalmente la pena[35]. Sin embargo, no queda claro con qué legítimas consideraciones de naturaleza discrecional podría ser todavía rechaza la suspensión de la pena[36].

7. La decisión por la que se adopta la suspensión a prueba ha se acogida en el **fallo de la sentencia** (§ 260 IV 4 StPO). En el propio **auto de suspensión** el tribunal adopta los mandatos relativos a la duración del periodo de prueba y a las eventuales condiciones e instrucciones. Dicho auto se publica con la sentencia (§ 268a I StPO) pero es impugnable separadamente (§ 305a I StPO).

8. En relación con las **condiciones de la suspensión condicional** rige en concreto lo siguiente:

a) El **periodo de prueba** se fija entre dos y cinco años (§ 56a I). Éste comienza a correr tan pronto como la *sentencia* (y no el auto de suspensión) sea firme (§ 56a II 1)[37]. El tribunal también puede acortar o alargar posteriormente la duración del plazo de suspensión (§ 56a II 2) si se comprueba, por ejemplo, que las instrucciones impuestas (§ 56c) tendrán éxito antes de lo previsto o que el autor necesita más tiempo para cumplir con las condiciones señaladas (§ 56b). No obstante, aquí no se plantea un alargamiento *posterior* del periodo de prueba tras haber expirado el mismo[38] (vid., por el contrario *infra* § 79 I 9b en relación con el § 56f).

b) A través de la imposición de **condiciones**, que como **sanciones similares a la pena** cumplen la función de conseguir una *satisfacción* por el injusto realizado[39], se evita que el hecho quede para el condenado sin la más mínima

---

[35] *Lackner*, § 56 núm. 22; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56 núm. 31; *Streng*, Sanktionen pág. 70.

[36] De ahí que *SK (Horn)* § 56 núm. 31; *Ventzke*, StV 1988, pág. 367, se muestren a favor de una suspensión *forzosa* de la pena si concurren todos los requisitos del § 56 II.

[37] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56a núm. 3. La circunstancia de que el condenado se encuentre bajo custodia administrativa no altera para nada el transcurso del plazo; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56a núm. 3.

[38] *Dreher/Tröndle*, § 56a núm. 1; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56a núm. 4.

[39] Sin embargo, la condición no cumple la función de privar al autor de la ganancia perseguida (OLG Hamm NStZ 1991, pág. 583) o de recordar al autor permanentemente que la

consecuencia. Ya por el mero hecho de no tratar mejor al autor al que se le suspende una pena de prisión que al que se le impone una pena de multa, la suspensión condicional debería estar ligada por regla general al establecimiento de una condición[40] (aún cuando la Ley en el § 56b I 1 sitúa su fijación en el ámbito de la *discrecionalidad* del tribunal). El § 56b II contiene un *catálogo cerrado* de condiciones admisibles de modo que el tribunal no puede idear otras distintas (vid. BVerfG NStZ 1995, pág. 25: deber de publicación de las circunstancias patrimoniales; OLG Bremen StV 1986, pág. 253: imposición del deber de suministrar información sobre el paradero del botín)[41].

A través de la Ley para la Lucha contra el Delito de 1994 (BGBl. I pág. 3186) se le dio prioridad a la medida sancionadora de la condición que se situaba así al servicio de la **reparación del daño** en beneficio del ofendido: la condición de reparar el daño con todos los medios disponibles (§ 56b II 1 núm. 1) está situada en primer lugar y tiene prioridad frente al resto de las condiciones (§ 56b II 2)[42]. La opinión mayoritaria sostiene que el importe de la reparación impuesta no puede superar la cuantía del derecho a indemnización de la víctima (incluida la indemnización por daños personales en virtud del § 847 BGB) (OLG Hamburg MDR 1980, pág. 246; OLG Stuttgart NJW 1980, pág. 1114); no obstante, ello no impide una prescripción del derecho a que la condición sea ejecutada (OLG Stuttgart MDR 1971, pág. 1023; OLG Hamm NJW 1976, pág. 527)[43]. La opinión contraria[44] señala, ciertamente con razón, que el Derecho penal no está impedido para determinar de un modo distinto a como lo hace el Derecho civil la necesaria compensación por las consecuencias del delito; sin embargo, no se comprende por qué motivo el ofendido debería percibir una cantidad que de acuerdo con las normas civiles no le corresponde, por el hecho de que el autor deba actuar conforme a los §§ 56, 56b. En la medida en que la prestación destinada a la indemnización del daño se considere insatisfactoria el tribunal puede imponer al autor condiciones adicionales de acuerdo con el § 56b II 1 núms. 2-4.

El tribunal también puede obligar al autor al pago de una **cantidad de dinero** que se destine a una *institución de interés social* (§ 56b II 1 núm. 2) o al *erario*

ejecución de la pena sólo está en suspenso (así, sin embargo, OLG Celle NStZ 1990, pág. 148; 1992, 336 [337]); tampoco puede ser impuesta como "pena" por la inobservancia de instrucciones (OLG Zweibrücken JR 1991, pág. 290 con comentario de *Horn*).

[40] *Dreher/Tröndle*, § 56b núm. 3; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56b núms. 1, 17.

[41] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56b núm. 8.

[42] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 56b núm. 2.

[43] *Baur*, GA 1957, pág. 340; *Dreher/Tröndle*, § 56b núm. 6; *Lackner*, § 56b núm. 3; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56b núm. 5; *Müller-Dietz*, D. Schultz-Gedächtnisschrift págs. 265 ss.; *Schmidhäuser*, Allg. Teil pág. 821; *SK (Horn)* § 56b núm. 4.

[44] *Berndt*, Bewährungsauflage págs. 131 ss.; *Frehsee*, Schadenswiedergutmachung págs. 237-249; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56b núm. 9.

público (§ 56b II 1 núm. 4). Sobre todo en esta segunda alternativa queda clara su proximidad con la pena de multa. De ahí que se plantee la cuestión de si la condición ha de calcularse de acuerdo con los mismos principios que la pena de multa (§ 40) (así, OLG Frankfurt StV 1989, pág. 250)[45]. Esto último es rechazado mayoritariamente por la doctrina[46] pues el alcance de la condición a pagar (incluidas eventuales sanciones adicionales) no puede sobrepasar la medida del injusto culpable ni gravar al autor de una forma que no le sea exigible (§ 56b I 2; vid. también al respecto OLG Düsseldorf NStZ 1993, pág. 136).

Tampoco deja de ser problemática la condición de "llevar a cabo cualesquiera otras prestaciones sociales" (§ 56b II 1 núm. 3). Contra ella se erigen distintas objeciones de naturaleza constitucional: la disposición sería demasiado indeterminada (art. 103 II GG) y vulneraría además la prohibición de los trabajos forzados (art. 12 II, III, GG)[47]. Ambas objeciones han sido rechazadas por el Tribunal Constitucional aunque poniendo de relieve que la gravedad de la condición que se cumple no puede ser equiparada a la de una pena (BVerfGE 83, 119 [127]; vid. también BVerfGE 74, 10). Razonables son sobre todo aquellas condiciones que tienen relación con el delito cometido por el autor (por ejemplo, actividades de auxilio en un hospital para el supuesto de un homicidio imprudente cometido mediante un delito contra la seguridad vial). No obstante, tampoco aquí puede reclamarse al autor algo que le sea inexigible.

El autor también puede ofrecerse[48]al cumplimiento de prestaciones satisfactorias[49]. Si éstas resultan suficientes y puede esperarse que el autor las realizará

---

[45] Afirmativamente *SK (Horn)* § 56b núm. 9. *Horn*, StV 1992, págs. 539 ss., quiere incluso ir más lejos y calcular la condición pecuniaria de acuerdo con el criterio recogido en el § 43, cuyo importe estaría así en función de la pena de prisión impuesta. Para ello, sin embargo, no existe ningún punto de apoyo en la Ley aunque la ficticia pena de multa así calculada podría marcar no obstante el *límite superior* de la condición admisible.

[46] *Dreher/Tröndle*, § 56b núm. 7; *Lackner*, § 56b núm. 4; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56b núm. 15; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56b núm. 11. En contra de lo sentado por la OLG Celle NStZ 1990, pág. 148, de *lege lata* el tribunal tampoco puede permitir el "cumplimiento" de una condición pecuniaria a través de un trabajo no remunerado; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56b núm. 16; *SK (Horn)* § 56b núm. 13.

[47] *Blau*, H.-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 205 ss.; *Köhler*, JZ 1988, pág. 749 (acerca de la misma cuestión en el Derecho penal juvenil); *Schönke/Schröder/Stree*, § 56b núms. 14 ss.; *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz págs. 144 ss., 185.

[48] Según el § 265a StPO "en los casos en los que proceda" el tribunal tomará la iniciativa interpelando sobre ello al acusado.

[49] Según la opinión mayoritaria el autor también puede ofrecerse a cumplir prestaciones cuya *imposición* estaría prohibida por ser inexigible como, por ejemplo, la donación de sangre o de órganos; vid. *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56b núm. 22; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56b núm. 30; *SK (Horn)* § 56b

dentro de un plazo adecuado, entonces el tribunal prescindirá de imponer la condición correspondiente (§ 56b III)[50]. No obstante, la decisión podrá ser revocada si posteriormente se comprueba que el condenado no cumple con su palabra (§ 56e).

c) Las **instrucciones** (§ 56c) que se vinculan a la suspensión de la pena cumplen exclusivamente la finalidad de **impedir** que el condenado cometa **delitos** en un futuro, motivo éste por el que sólo pueden ser impuestas en la extensión necesaria para alcanzar dicho objetivo[51]. La Ley contiene un catálogo muy detallado de instrucciones admisibles (§ 56c II, III). Sin embargo, su enumeración es sólo ejemplificativa de modo que el tribunal es básicamente libre para acordar aquellos mandatos que afectando a su modo de vida se muestren necesarios para una eficaz prevención especial[52]. En este punto las instrucciones pueden extenderse a las medidas que sean indispensables para el *control* de los mandatos de carácter primario pues, de lo contrario, las instrucciones quedarían sin eficacia. Con esta fundamentación se considera admisible exigir al condenado a prueba la entrega regular de pruebas de orina para, de este modo, poder supervisar el cumplimiento de la instrucción consistente en no consumir drogas (BVerfG NJW 1993, pág. 3315; OLG Zweibrücken JR 1990, pág. 121 con comentario de *Stree*)[53]. Otras finalidades como, por ejemplo, la de servir como castigo adicional, no pueden ser sin embargo alcanzadas mediante las instrucciones; de ahí

---

núm. 15. Sin embargo, ello es objetable a causa de la situación forzada en la que se encuentra el autor a la vista de la posible inminencia en la ejecución de la pena. Como mínimo, la preservación de la dignidad de la persona constituye también un límite infranqueable para prestaciones "voluntarias" de esta naturaleza; en este mismo sentido *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56c núm. 15.

[50] El § 56b III habla de que "por regla general" no se impondrán condiciones. Sin embargo, no están claros los motivos por los que, ante la concurrencia de los requisitos correspondientes, el tribunal podría desviarse de la regla acostumbrada; *SK (Horn)* § 56b núm. 14.

[51] *SK (Horn)* § 56c núm. 2.

[52] Esto es difícilmente compatible con el mandato de determinación del art. 103 II GG que se refiere a las sanciones de naturaleza penal; vid. *Bruns*, NJW 1959, pág. 1395. La opinión actualmente mayoritaria sostiene que de la finalidad preventivo-especial de las instrucciones se derivarían con suficiente determinación los límites para la ideación judicial de aquéllas [*LK (11.ª) (Gribbohm)* § 56c núm. 4; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56c núm. 3; *SK (Horn)* § 56c núm. 3]; sin embargo, no queda claro cómo es posible que de la conformación de las necesidades *individuales* se vayan a deducir los perfiles suficientes de las distintas posibilidades que el tribunal posee para la articulación de las instrucciones.

[53] Mostrando sus dudas *Lackner*, § 56c núm. 4; disiente *Mrozynski*, JR 1983, págs. 402 ss. También la instrucción expresamente prevista por el § 56c II núm. 2 de presentarse regularmente ante el tribunal o en otro lugar, podría ser comprendida sustancialmente como una medida adicional de control.

que, verbigracia, resulte inadmisible una instrucción que consista en ausentarse de Alemania durante el periodo de prueba (OLG Koblenz NStZ 1987, pág. 24).

Prescindiendo de la restricción derivada de su orientación exclusivamente político-criminal, las instrucciones están sometidas a **límites** diversos. La propia Ley alude a la frontera que supone la exigibilidad (§ 56c I 2). Conforme a este criterio es antijurídica una instrucción que impone al condenado volver con su esposa de la que hace mucho tiempo que está separado (vid. OLG Nürnberg NJW 1959, pág. 1451) o (en el caso de una condena por el hurto en un comercio) aquella que prohibe visitar en el futuro un establecimiento de autoservicio[54]. También se derivan amplias restricciones de los *derechos fundamentales*. Naturalmente que son inadmisibles las instrucciones que atentan contra la dignidad de la persona; pero tampoco pueden injerirse en la libertad de religión (art. 4 GG) o de asociación (art. 9 GG) (por ejemplo, a través de una instrucción que consista en acudir regularmente a un servicio religioso o en la entrada en una asociación deportiva)[55]. Problemáticas son las intromisiones en aquellos derechos fundamentales respecto de los cuales existe una reserva de Ley y, en particular, respecto a la libertad para el ejercicio de una profesión (art. 12 GG). Desde un punto de vista preventivo-especial, en el caso concreto puede ser completamente razonable la instrucción de que el autor acepte y conserve un trabajo fijo en correspondencia con su formación; puede cuestionarse, sin embargo, si ello no supone una vulneración de la libertad para elegir una profesión garantizada constitucionalmente. La opinión mayoritaria, que admite mandatos de esta naturaleza (BGH 9, 258 [260]; OLG Hamm NStZ 1985, pág. 310)[56], puede al menos acogerse a la mención expresa que al ámbito del trabajo hace el § 56c II núm. 1[57] y, materialmente, al importantísimo interés comunitario en la prevención del delito que se garantiza con la intromisión en la libre elección de una profesión u oficio.

---

[54] Pueden verse ejemplos adicionales en *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56c núm. 2. Exigible debe ser, sin embargo, la instrucción que prohibe todo consumo de alcohol (OLG Düsseldorf NStZ 1984, pág. 332).

[55] *Lackner*, § 56c núm. 2; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56c núm. 8.

[56] *Dreher/Tröndle*, § 56c núm. 2 (quien pretende conformarse con el § 56c I 1 como base legal para la intromisión en el derecho fundamental); *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56c núm. 20; de otra opinión, *Schönke/Schröder/Stree*, § 56c núms. 8, 17; restringidamente *Lackner*, § 56c núm. 2; *SK (Horn)* § 56c núm. 4 (la injerencia es admisible en la medida en que se especifique expresamente en el § 56c II, III).

[57] Por el contrario, con razón ha estimado la BVerfGE 58, 358, que la *condición* a prueba de admitir un trabajo remunerado comporta una vulneración del art. 12 I GG por la falta de base legal en el § 56b.

También es discutida la admisibilidad de instrucciones que *en cuanto a su contenido coinciden con determinadas medidas* de corrección y aseguramiento (§§ 61 ss.) como, por ejemplo, aquella que consiste en no conducir un vehículo durante un tiempo determinado (vid. § 69). Para los casos de tratamiento curativo o desintoxicador la Ley prevé expresamente estas instrucciones sustitutivas de las medidas de seguridad (§ 56c III núm. 1) que, naturalmente, sólo se aplican con la aprobación del condenado[58]. Sin embargo, de ello no puede extraerse la conclusión de que para el resto de los supuestos el tribunal puede eludir la decisión acerca de la necesidad de una medida de seguridad o de una pena accesoria (§ 44) imponiendo al autor una instrucción que materialmente posea la misma naturaleza que aquéllas; y ello porque el legislador, conscientemente, ha ligado la admisibilidad de las intromisiones vinculadas con las medidas de seguridad a los rigurosos requisitos que allí se encuentran detalladamente regulados y, particularmente, con la necesidad de protección de la colectividad (vid. § 62)[59].

Así pues, en conjunto se derivan límites muy estrictos para la "ideación" de instrucciones por parte del tribunal. Aquéllos tampoco se relajan sustancialmente por la posibilidad de que el autor haga promesas acerca de su futuro modo de vida (§ 56c IV). Ciertamente –al igual que con las condiciones (§ 56b III)-, el tribunal tiene que prescindir de la imposición de las correspondientes instrucciones si el condenado formula promesas realistas[60], pero tampoco puede aceptar sin más como "voluntaria" la prestación de aquél[61] teniendo en cuenta especialmente que la voluntariedad es de todas formas dudosa a la vista de la inminente ejecución de la pena de prisión que en otro caso podría tener lugar[62].

d) La instrucción que más intensamente afecta a la forma de vida del condenado es el sometimiento a la vigilancia y dirección de un **asistente durante el periodo de prueba** (§ 56d)[63]. Ésta es sólo admisible si, ante la insuficiencia de

---

[58] De acuerdo con el planteamiento más correcto, en estos casos también hay que respetar los límites temporales y de contenido contenidos en las disposiciones relativas a la correspondiente medida de seguridad; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56c núm. 25.

[59] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56c núm. 17; *SK (Horn)* § 56c núms. 7, 13; *Streng*, Sanktionen pág. 74; de otra opinión, *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56c núms. 24-26.

[60] No obstante, hay que observar si posteriormente el condenado se desdice de una promesa de esta naturaleza y vuelve a abandonar la institución a la que se había sometido. La valoración de una actuación de este tipo como una grave vulneración del periodo de prueba depende de si el condenado poseía motivos razonables para haber dado ese paso; BGH 36, 97; *Dreher/Tröndle*, § 56c núm. 10.

[61] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56c núm. 23; *SK (Horn)* § 56c núm. 16.

[62] Vid. *SK (Horn)* § 56c núms. 14 ss.

[63] Acerca de la praxis sobre el auxilio a prueba vid. *Bockwoldt*, Strafaussetzung und Bewährungshilfe, 1982; *Dünkel*, en: *Dünkel/Spieß* (edrs.), Alternativen zur Freiheitsstrafe págs.

otras instrucciones para la prevención del riesgo de reincidencia, habría de ser ordenada la ejecución de la pena de prisión[64]. No obstante, su adopción es presupuesta por la Ley con carácter general para delincuentes jóvenes (de hasta 27 años) a los que le ha sido impuesta una pena de prisión superior a nueve meses (§ 56d II)[65]. Su asistencia puede quedar limitada —incluso con posterioridad (§ 56e)— a una parte del periodo de prueba.

El asistente, que por regla general se dedica profesionalmente a ello[66], es nombrado por el tribunal y está sometido a su supervisión y dirección (§ 56d IV)[67]. La imposición y configuración de las instrucciones no puede ser delegada a su persona[68]. Problemático resulta su doble papel descrito por el § 56d III: por una parte (y principalmente) debe estar de lado del condenado prestándole ayuda y tutela; por otra, sin embargo, no es la persona de confianza del sometido a prueba como podría serlo, por ejemplo, un abogado, sino que lo es del tribunal, a quien además está obligado a informar regularmente y, en particular, a comunicar la existencia de infracciones graves que atenten contra las condiciones impuestas para el periodo de prueba (§ 56d III, 3, 4)[69].

El auxilio durante el periodo de prueba es acordado aproximadamente en una cuarta parte de los casos de suspensión condicional de la pena[70]. Por regla general, dado que un asistente debe supervisar y atender simultáneamente a una media

446 ss.; *Kaiser*, Kriminologie § 116, núms. 25 ss.; *Kerner/Hermann/Bockwoldt*, Straf(rest)aussetzung und Bewährungshilfe, 1984; *Schöch*, NStZ 1992, pág. 364.

[64] *Lackner*, § 56d núm. 2; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56d núm. 2; *SK (Horn)* § 56d núm. 3; *Streng*, Sanktionen pág. 75.

[65] En caso de condena a una *pena juvenil* con suspensión condicional es obligatorio el sometimiento a un asistente durante el periodo de prueba (§ 24 JGG).

[66] *SK (Horn)* § 56d núm. 5.

[67] Vid. al respecto *Cornel*, GA 1990, pág. 55. El estatuto jurídico del asistente durante el periodo de prueba está regulado por la normativa de los diferentes *Länder*; pueden encontrarse referencias al respecto en *Dreher/Tröndle*, § 56d núm. 2.

[68] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56d núm. 4; *SK (Horn)* § 56d núm. 2.

[69] Acerca de este conflicto de roles vid. *Hesener*, Arbeitsbeziehung págs. 233 ss.; *Streng*, Sanktionen págs. 76 ss. Es consecuente, aunque también poco satisfactorio, que aunque, ciertamente, frente a terceros se encuentre por lo general obligado a un deber de sigilo en virtud del § 203 I núm. 5 ó II (al respecto vid. *Schenkel*, NStZ 1995, pág. 67), sin embargo, no posea ante el tribunal el derecho a no declarar acerca de las informaciones que le revela la persona sujeta a prueba; sobre este punto vid. *Jung*, Göppinger-Festschrift pág. 520. Por otra parte, a causa de su doble papel, el asistente no puede ejercer de asesor jurídico del condenado (OLG Düsseldorf NStZ 1987, pág. 340).

[70] *Schöch*, NStZ 1992, pág. 367.

de entre 60 y 70 condenados[71], no puede establecerse una relación muy intensa con ellos. A pesar de todo, desde hace varios años viene descendiendo el número de casos en los que se revoca la suspensión de la pena[72]. Esta circunstancia puede ser atribuida a una supervisión menos intensa del tipo de vida de las personas sujetas a prueba, pero también a una mayor indulgencia de los asistentes y de los tribunales ante vulneraciones de menor gravedad del régimen de suspensión.

e) Las condiciones e instrucciones también pueden ser **acordadas, modificadas o revocadas posteriormente** (esto es, tras el acuerdo del auto de suspensión original y hasta el final del periodo de prueba) por el tribunal (§ 56e). El sentido de esta regulación reside en adaptar con flexibilidad el régimen de la suspensión a la capacidad de rendimiento y a las necesidades del autor[73]. Esto no plantea problemas en la medida en que la modificación de las instrucciones y condiciones repercutan *favorablemente* sobre el condenado. Por el contrario, no dejan de presentar objeciones aquellas *agravaciones* posteriores del régimen de la suspensión debido a que, básicamente, el sujeto puede confiar en que el auto inicial no se modificará arbitrariamente en su perjuicio. Sin embargo, es posible realizar cambios en las *instrucciones* que resulten gravosos para el autor en tanto que el acaecimiento de nuevas circunstancias hagan precisa su adopción[74]. La finalidad de prevenir delitos fundamenta y limita suficientemente la admisibilidad de instrucciones ulteriores; por ello sería absurdo que el tribunal quedara vinculado por su pronóstico original. En el caso de las *condiciones* su acuerdo posterior está en cualquier caso permitido si el autor no ha cumplido con las prestaciones a las que voluntariamente se comprometió (§ 56b III); sin embargo, básicamente, la condición impuesta no debe ir más allá del marco de la prestación ofrecida[75]. En relación con la condición consistente en la reparación del daño (§ 56b II núm. 1) es admisible una elevación de la obligación de pago si la extensión del daño o la capacidad de rendimiento del autor han variado sensiblemente tras la adopción del auto original, o si sólo con posterioridad el tribunal ha tenido conocimiento de sus auténticas posibilidades (vid. OLG Hamm NJW 1976, pág. 527)[76]. Por el contrario, en otras condiciones de pago o de prestación de una actividad (§ 56b II núms. 2-4) no es posible una subida posterior, puesto que en la sentencia ya se han adoptado de forma concluyente tanto las circunstancias determinantes del grado de culpabilidad como de

---

[71] Referencias en *Schöch*, NStZ 1992, pág. 366. Existe acuerdo en torno a que esta sobrecarga de casos es demasiado alta y que debería ser reducida aproximadamente a la mitad; *Dölling*, ZStW 104 (1992) págs. 279 ss.; *Schöch*, ibidem; *Streng*, Sanktionen pág. 78.

[72] Vid. *Dölling*, ZStW 104 (1992) pág. 276; *Schöch*, NStZ 1992, pág. 367.

[73] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56e núm. 1.

[74] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56e núm. 2; *SK (Horn)* § 56e núm. 6.

[75] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56e núm. 6; *SK (Horn)* § 56e núm. 3; de otra opinión, *LK (11.ª) (Gribbohm)* § 56e núm. 6.

[76] *SK (Horn)* § 56e núm. 4.

la necesidad de satisfacción económica a retribuir por medio de la condición de pago (vid. OLG Stuttgart NJW 1969, pág. 1220)[77]. Por regla general la competencia para las resoluciones posteriores corresponde al tribunal de primera instancia (§ 462a II 1 StPO) quien adopta el correspondiente auto tras dar audiencia al interesado (§ 453 I StPO).

9. Si el condenado no cumple las expectativas que se habían vinculado a la suspensión condicional de la pena, entonces el tribunal dicta una nueva sentencia. Aquí se plantea una **modificación del régimen** de la suspensión (§ 56f II); si el cambio operado no tiene visos de éxito el tribunal **revoca** dicha suspensión (§ 56f I) con la consecuencia de que se ha de ejecutar la pena de prisión[78].

a) Las resoluciones mencionadas pueden derivarse de tres clases de **infracciones del régimen de suspensión a prueba**: a través de la comisión de un nuevo delito, por medio de una "grave y persistente" inobservancia de las instrucciones (particularmente en virtud de la negativa a cooperar con el asistente) y, finalmente, mediante el incumplimiento de las condiciones impuestas (§ 56f I 1). Desde un punto de vista temporal sólo son tenidas en cuenta aquellas infracciones que ha cometido en condenado en el espacio que media entre la adopción del auto de suspensión (vid. § 56f I 2) y el final del periodo de prueba (vid. OLG Zweibrücken NStZ 1993, pág. 510)[79]. La infracción debe conducir al tribunal a la *firme* convicción de que ha de tomar nuevas medidas (al respecto vid. *supra* § 79 I 8e); rige el principio "in dubio pro reo"[80]. Controvertida es la cuestión

---

[77] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56e núm. 3; *SK (Horn)* § 56e núm. 2a. Como mucho es imaginable una elevación de la condición económica en el caso poco habitual de que las condiciones patrimoniales del condenado durante el periodo de prueba hubieran mejorado tan claramente que el pago del importe determinado originariamente se convierta ya para él una sanción apenas perceptible; vid. BGH NJW 1982, pág. 1544; *Lackner*, § 56e núm. 3. Permitiendo condicione adicionales mucho más allá, OLG Nürnberg GA 1962, pág. 91; OLG Hamburg MDR 1980, pág. 598; *Dreher/Tröndle*, § 56e núm. 1; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56e núm. 6. Según el § 56b II la cuantía de la condición está sujeta a la "prohibición de la *reformatio in peius*" en caso de que el acusado recurra la sentencia (§ 331 I StPO); de ahí que también el tribunal de apelación sólo pueda elevarla u ordenarla nuevamente dentro del estrecho marco que ofrece el § 56e (OLG Koblenz NJW 1977, pág. 1074).

[78] En los últimos años han sido revocadas en torno a un tercio de las penas de prisión suspendidas condicionalmente. Vid. las referencias suministradas por *Eisenberg*, Kriminologie § 36 núm. 78; *Kaiser*, Kriminologie § 116 núms. 34 ss.

[79] *Dreher/Tröndle*, § 56f núm. 3a; *Lackner*, § 56f núm. 3; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núms. 6, 43; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56f núm. 3; *SK (Horn)* § 56f núm. 9.

[80] *Dreher/Tröndle*, § 56f núm. 3b; *Lackner*, § 56f núm. 8; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núm. 1. En la resolución que se haya de adoptar en virtud del § 56f el tribunal no está vinculado por los hechos probados contenidos en la resolución firme dictada por otro órgano judicial acerca de la comisión del hecho; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núm. 10; *Stree*, NStZ 1992, págs. 156 ss.

de si, más allá, la presunción de inocencia (art. 6 II EMRK) exige que el hecho cometido durante el periodo de prueba deba estar probado mediante *sentencia firme* para poder fundamentar la revocación de la suspensión. Este interrogante ha de ser contestado negativamente (así también BVerfG NStZ 1987, pág. 118; 1988, pág. 21; 1991, pág. 30; OLG Düsseldorf NStZ 1990, pág. 541; 1992, págs. 131, 300; OLG Hamburg NStZ 1992, pág. 130)[81], pues no existe ningún principio jurídico en virtud del cual la presunción de inocencia sólo podría ser desvirtuada en un determinado proceso y ante un tribunal concreto. Además, de la opinión contraria[82] se derivaría una discrepancia difícil de aclarar dentro de los requisitos individuales de la revocación de la suspensión: mientras que el propio tribunal podría sin más comprobar por sí mismo la vulneración de una condición o instrucción, de aceptarse la tesis opuesta tendría que esperar a la firmeza de la sentencia del tribunal competente para enjuiciar la comisión del hecho, a pesar de estar convencido de la culpabilidad de la persona sometida a prueba.

b) Si el tribunal ha comprobado que durante el periodo de prueba el condenado ha cometido un nuevo delito o cualquier otra infracción de importancia del régimen de suspensión, debe sopesar ante todo si una **ampliación de las condiciones e instrucciones** o el **alargamiento del periodo de prueba** es suficiente para alcanzar todavía el objetivo perseguido (la resocialización del autor) (§ 56f II). Aquí hay que pensar especialmente en el sometimiento del condenado a la vigilancia de un asistente durante la suspensión. De acuerdo con un planteamiento generalizado, el alargamiento del periodo de prueba también es admisible si en el momento de adoptar la resolución el plazo originalmente adoptado ha expirado ya [83], pues a menudo el fracaso de la puesta a prueba del autor se produce con posterioridad. En la Ley no se prevé una limitación para estas resoluciones ulteriores[84]. Sin embargo, debe exigirse que el tribunal actúe inmediatamente, esto es, tan pronto como haya comprobado con suficiente seguridad la infracción del

---

[81] *Dreher/Tröndle*, § 56f núm. 3b; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núms. 7-9; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56f núm. 3; *Stree*, NStZ 1992, págs. 153-156 ss.

[82] *Mrozynski*, JZ 1978, pág. 258; *Ostendorf*, StV 1990, pág. 231; *Vogler*, Tröndle-Festschrift págs. 424 ss. (quien acepta que la revocación de la suspensión a prueba sería una medida similar a la pena); OLG Bamberg StV 1991, pág. 174; OLG München StV 1991, pág. 174. De hecho, con un criterio similar OLG Köln NJW 1991, pág. 505; OLG Schleswig NJW 1992, pág. 2646, que exigen una confesión de buena fe del condenado en presencia de su defensor como requisito para la revocación de la suspensión; igualmente, *Boetticher*, NStZ 1991, pág. 4; *SK (Horn)* § 56f núm. 8; con una posición intermedia Lackner, § 56f núm. 3.

[83] *Dreher/Tröndle*, § 56f núm. 8; *Lackner*, § 56f núm. 12; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núms. 36-38; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56f núm. 10; *SK (Horn)* § 56f núm. 31.

[84] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núm. 47; *SK (Horn)* § 56f núm. 32.

régimen de suspensión[85]. Si en este momento ya no es posible un alargamiento posterior del periodo de prueba a causa del § 56f II 2, entonces en su lugar no puede ser revocada la suspensión de la pena sino que se exime al condenado de la misma de acuerdo con el § 56g I (OLG Celle StV 1990, pág. 117) [86].

Muchas cuestiones plantea la regulación contenida en el § 56f II 2, según la cual el periodo de prueba no puede ser ampliado más de la mitad del que se acordó en primer lugar. Esto ha de interpretarse en el sentido de que el alargamiento como reacción a una infracción del régimen de suspensión deja sin validez el límite máximo habitual del periodo de prueba fijado en cinco años (§ 56a I 2) (OLG Oldenburg NStZ 1988, pág. 502 con comentario crítico de *Kusch*; OLG Braunschweig StV 1989, pág. 85) [87]. Por otra parte, el hecho de que en una elevación de una vez y media del plazo no se alcance el límite de los cinco años, no exime al tribunal de la observancia del § 56f II 2 (vid. la OLG Zweibrücken NStZ 1987, pág. 328, donde sin embargo de forma equivocada se consideró admisible un alargamiento *reiterado* de una vez y media del plazo)[88]; de ahí que, por ejemplo, un plazo de prueba inicial[89] de dos años sólo puede ser ampliado hasta tres de acuerdo con el § 56f II 2, algo distinto a lo que sucede con el § 56a II 2 que, sin embargo, ya no es aplicable una vez que ha expirado el plazo.

c) Cuando la *comisión de un nuevo delito* por el condenado durante el periodo de prueba[90] ponga de manifiesto que, en contra de lo que cabía esperar en un principio, aquél no está en condiciones de llevar una vida alejada del mundo de

---

[85] Mayoritariamente la jurisprudencia (sólo) excluye una revocación tardía de la suspensión para el caso en el que el condenado, a la vista de la expiración del plazo, pueda confiar en que la suspensión de la pena ya no será revocada (vid. OLG Hamm NStZ 1984, pág. 362; OLG Koblenz MDR 1985, pág. 70; OLG Zweibrücken StV 1989, pág. 24). Pero, en cualquier caso, el tribunal debe poder esperar la comprobación mediante sentencia firme de la comisión de un nuevo delito; *Horn*, H.-Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 550 ss.; *SK (Horn)* § 56f núm. 37. De ahí que no pueda regir para todos los casos el límite de un año del § 56g II 2, cuya aplicación analógica al supuesto del § 56f II recomiendan *Dreher/Tröndle*, § 56f núm. 2a y *Schönke/Schröder/Stree*, § 56f núm. 13.

[86] *SK (Horn)* § 56f núm. 30e; de otra opinión, *Lackner*, § 56f núm. 7.

[87] *Lackner*, § 56f núm. 11; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núms. 31 ss.

[88] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núm. 39; de otra opinión la doctrina mayoritaria (OLG Celle StV 1987, pág. 496; *Dölling*, NStZ 1989, pág. 345; *Lackner*, § 56f núm. 13; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56f núm. 10a; *SK [Horn]* § 56f núm. 30d), que sin embargo olvida que el § 56f II 2, es *lex specialis* frente al § 56a II 2 (acertadamente, *Horn*, JR 1981, pág. 5).

[89] Con ello se alude al periodo de prueba que fue fijado en el *primer* acuerdo de suspensión, no al modificado en virtud del § 56a II 2; OLG Frankfurt StV 1989, pág. 25; *Dölling*, NStZ 1989, pág. 346; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núm. 30; de otra opinión, *Dreher/Tröndle*, § 56f núm. 8; *SK (Horn)* § 56f núm. 30c.

[90] La *revocación* del periodo de prueba, al igual que su ampliación, también es posible tras haber expirado su plazo de cumplimiento; *SK (Horn)* § 56f núm. 31.

la pena[91], entonces el tribunal **revocará** la suspensión en la medida en que las posibilidades que ofrece el § 56f II no prometan ningún resultado (§ 56f I núm. 1)[92]. Lo mismo rige para el caso en el que el condenado *infringe* persistentemente las *instrucciones* impuestas para su resocialización, frustrando de este modo la expectativa de que con su ayuda lleve una vida apartada del delito (§ 56f I núm. 2)[93]. Problemática es la tercera variante de la revocación del periodo de prueba basada en la grave e insistente *vulneración de condiciones* (§ 56f I núm. 3). Y ello porque en este caso no es que se contradiga el pronóstico positivo que sirvió de base para la suspensión de la pena, sino que simplemente el autor se sustrae al deber de prestar la satisfacción correspondiente materializado en las condiciones impuestas. De ahí que, en todo caso, de *lege ferenda* exista algún argumento a favor de que en este supuesto no se ejecute la pena de prisión impuesta, sino que la condición incumplida se retribuya mediante un arresto sustitutorio[94].

Si se procede a la revocación de la suspensión de la pena al autor no se le devuelven las prestaciones aportadas para el cumplimiento de las condiciones que le fueron impuestas (§ 56f III 1). No obstante, por regla general[94] los pagos realizados al erario público[95] o a una institución de interés social se han de abonar a la pena a ejecutar de acuerdo con un criterio que queda a discrecionalidad del tribunal[96].

10. Si el plazo de prueba ha transcurrido sin que el condenado haya dado motivo alguno para la revocación de la suspensión, entonces el tribunal debe

---

[91] Este requisito (adicional) ha de ser examinado en cada caso concreto. Por regla general no será cumplido durante el periodo de prueba en los delitos imprudentes y en los de bagatela; vid. *Boetticher*, NStZ 1991, pág. 2; *Dreher/Tröndle*, § 56f núm. 3c; *Lackner*, § 56f núm. 4; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núm. 13. Más allá de esto *SK (Horn)* § 56f núm. 12, exige una relación criminológica entre el delito inicial y el que nuevamente se comete.

[92] *Schönke/Schröder/Stree*, § 56f núm. 9; *SK (Horn)* § 56f núm. 2. En la práctica, las revocaciones se basan casi exclusivamente en la comisión de hechos adicionales; *Schöch*, NStZ 1992, pág. 369.

[93] También este requisito ha de ser verificado especialmente, pues no se puede deducir sencillamente de la vulneración de las instrucciones; *SK (Horn)* § 56f núm. 22.

[94] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núm. 52; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56f núm. 19; a favor de la discrecionalidad del tribunal en este punto *Lackner*, § 56f núm. 14; mostrándose partidario de un deber de bonificación *SK (Horn)* § 56f núm. 39; vid. también la BGH 36, 378, relativa al caso de la formación posterior de una pena global.

[95] La remisión al § 56f III 2 y no al § 56b II núm. 4, se debe a un error de redacción del legislador.

[96] El sistema de días-multa del § 40 es utilizado aquí como un criterio —por otra parte no vinculante— para la conversión; vid. *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56f núm. 54; *SK (Horn)* § 56f núm. 40; disiente, sin embargo, la OLG Celle NStZ 1992, pág. 336.

proceder a la **remisión** inmediata[97] de la pena (§ 56g I 1) por medio de la adopción del auto correspondiente (§ 453 I StPO). Esto no significa que la pena se suprima con efectos *retroactivos*[98], sino sólo que su ejecución está ya excluida.

Para el caso en el que tras la firmeza del auto sobre la remisión se haya tenido conocimiento de que el autor había cometido delitos de importancia durante el periodo de prueba, el § 56g II prevé la posibilidad de **revocar la remisión de la pena**. Ello sucede si el autor, a causa de la comisión de un delito doloso, ha sido condenado mediante sentencia firme a una pena de prisión de al menos seis meses y siempre que no haya pasado más de un año desde la expiración del plazo de prueba. Así pues, el § 56g posibilita la revocación de la remisión de la pena dentro de los seis meses posteriores a la firmeza de la condena, con lo que el procedimiento se retrotrae a la situación anterior al auto de remisión. A partir de ese momento el tribunal todavía debe decidir sobre si es suficiente con la adopción de las medidas previstas en el § 56f II o si debe revocar la suspensión condicional de la pena (OLG Celle NStZ 1989, pág. 323; con otro criterio OLG Düsseldorf MDR 1987, pág. 865)[99].

II. La libertad condicional o suspensión a prueba del resto de la pena (§§ 57-57b)

1. En el año 1953, de forma simultánea a la introducción de la suspensión condicional de la pena, se establece también la posibilidad de que tras el cumplimiento de una parte de la sanción el sujeto condenado sea excarcelado anticipadamente a través de la correspondiente resolución judicial (§ 26 en su redacción anterior). A través de la Reforma de 1975 este instituto fue ampliado y recibió la denominación de "**suspensión del resto de la pena**" (§ 57). Desde 1982 esta figura también es aplicable a la cadena perpetua (§ 57a). Tratándose de una pena de prisión temporal la ejecución de su resto se suspende tras el cumplimiento de dos tercios de la misma si puede justificarse la puesta a prueba de que el conde-

[97] Vid. al respecto *Lackner*, § 56g núm. 1, con numerosas referencias.

[98] También subsiste la anotación en el Registro Federal de Penados; vid. §§ 12 I núms. 3, 34 I núm. 1b BZRG.

[99] *Lackner*, § 56g núm. 4; *Schönke/Schröder/Stree*, § 56g núm. 11. La opinión contraria [*Dreher/Tröndle*, § 56g núm. 3; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 56g núm. 15; *SK (Horn)* § 56g núm. 8] sostiene que por lo general sólo es posible la revocación de la remisión si la pena realmente ha de ejecutarse a la luz del § 56g; de acuerdo con ello no queda espacio alguno para una resolución separada acerca de la revocación de la pena.

nado no cometerá más delitos en libertad (§ 57 I)[100]. Bajo el cumplimiento de rigurosos requisitos la libertad condicional también puede ser concedida aunque sólo se haya cumplido la mitad de la pena impuesta en la sentencia (§ 57 II). En el supuesto de que la sanción establecida fuera la de cadena perpetua la Ley prevé un periodo de cumplimiento mínimo de 15 años (§ 57a I 1 núm. 1).

El instituto de la libertad condicional promueve de distinta forma la resocialización del condenado. Ante todo supone un **acceso flexible de la prisión a la situación de libertad**, aunque en su excarcelación a prueba al sujeto se le pueden imponer las mismas condiciones e instrucciones que en la suspensión condicional de la pena y, particularmente, su sometimiento a la vigilancia y tutela de un asistente durante el periodo de prueba (§ 57 III en conexión con los §§ 56a-56g; vid. *supra* § 79 I 8)[101]. Asimismo, la inminencia de una posible ejecución del resto de la pena influye preventivo-especialmente sobre el autor y le estimula a alejarse del delito tras su salida de prisión. Finalmente, la expectativa de una excarcelación anticipada puede influir positivamente sobre la disponibilidad del autor a una actitud colaboradora durante su estancia en la cárcel[102].

La libertad condicional no implica una modificación de la *pena* sino que es una medida *penitenciaria*[103]. De ahí que su adopción incumba —con alguna limitación para el caso de la suspensión de la cadena perpetua (vid. *infra* § 79 II 7b)— a la Sala de Ejecución Penitenciaria (§§ 454, 462a StPO) quien debe decidir de oficio acerca de su concesión[104].

2. En la *realidad jurídica* la libertad condicional juega un papel relativamente modesto: por término medio —con considerables oscilaciones según la región de que se trate— aproximadamente un tercio de los penados son excarcelados antes de tiempo en

---

[100] El requisito mencionado ha sido reemplazado por la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160), de tal forma que la concesión de la libertad condicional está supeditada a que su concesión "pueda ser justificada bajo la consideración del interés que representa la seguridad de la colectividad". Véase la actual redacción del § 57 I núm. 2 (N del T).

[101] *Frisch*, ZStW 102 (1990) pág. 717.

[102] *Streng*, Sanktionen pág. 99.

[103] *Dreher/Tröndle*, § 57 núm. 1a; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57 núm. 1; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 65 núm. 59; *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 2.

[104] *Dreher/Tröndle*, § 57 núm. 13 (con restricciones para su resolución en virtud del § 57 II núm. 2); *Lackner*, § 57 núm. 30; *SK (Horn)* § 57 núm. 26; *Streng*, Sanktionen pág. 104. El tribunal está obligado al examen *puntual* de los requisitos para la excarcelación; si el pronóstico empeora en el lapso que media entre la resolución de la Sala de Ejecución Penitenciaria y el momento en que ha de producirse la puesta en libertad, entonces la suspensión a prueba del resto de la pena puede ser revocado nuevamente de acuerdo con el § 454a StPO.

virtud del § 57 I; el porcentaje de suspensiones cuando se ha cumplido sólo la mitad de la condena alcanza sólo el 3% de las excarcelaciones[105].

3. Según el § 57 la libertad condicional sólo es aplicable a las penas privativas de libertad en el sentido del § 38 y no a los *arrestos sustitutorios* (OLG Celle MDR 1977, pág. 65; OLG Düsseldorf NJW 1980, pág. 250; OLG Stuttgart MDR 1986, pág. 1043; OLG Koblenz NStZ 1987, pág. 120; OLG Oldenburg MDR 1988, pág. 1071; de otra opinión, OLG Zweibrücken NJW 1976, pág. 155; OLG Hamm MDR 1976, pág. 159)[106]. Desde una perspectiva político-jurídica esta restricción no es razonable pues también debería concedérseles a estos autores la expectativa de una excarcelación anticipada, dado que precisamente sobre ellos el tribunal competente había formulado un pronóstico favorable y por ello había considerado suficiente la imposición de una pena de multa.

4. Si el condenado ha cumplido **dos tercios** de la pena que, al menos, supongan dos meses efectivos de prisión, y no existe un pronóstico desfavorable acerca de su comportamiento futuro, entonces la **libertad condicional** es **obligatoria** por mandato del § 57 I. Como periodo de cumplimiento se cuenta también el tiempo que en ese mismo proceso ha estado el autor en prisión preventiva (vid. § 51) o el que por otros motivos (por ejemplo, § 56f III 2) hay que abonar a la pena (§ 57 IV)[107]. De acuerdo con el § 57 I núm. 3, el *consentimiento del condenado* es un requisito adicional para la suspensión del resto de la pena. Esto está fundamentado sobre la idea de que el autor tiene derecho al cumplimiento íntegro de la pena y de que una libertad a prueba no es practicable sin su colaboración[108].

---

[105] Vid. las referencias contenidas en *Böhm/Erhard*, MschrKrim 1984, págs. 367 ss.; *Eisenberg*, Kriminologie § 36 núm. 73; *Eisenberg/Ohder*, Aussetzung des Strafrestes págs. 12 ss.; *Walter/Geiter/Fischer*, NStZ 1989, págs. 407, 409; *los mismos*, NStZ 1990, pág. 17 (donde critican la actitud restrictiva de la praxis); acerca de los criterios que resultan de importancia para la práctica vid. también *Dünkel/Ganz*, MschrKrim 1985, pág. 157.

[106] *Bublies*, Die Aussetzung des Restes der Ersatzfreiheitsstrafe 1989; *Lackner*, § 57 núm. 1; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57 núm. 5; *SK (Horn)* § 57 núm. 3; con otro criterio *Dreher/Tröndle*, § 57 núm. 2a; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 65 núm. 76; *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 4; *Streng*, Sanktionen págs. 104 ss.

[107] También se abona el tiempo que el autor ha cumplido en virtud de una medida de seguridad privativa de libertad (§§ 63-66) que, no obstante, sólo se extiende hasta los dos tercios de la pena (§ 67 IV 1); acerca de la constitucionalidad de esta regulación vid. BVerfGE NJW 1995, pág. 1080. Si el autor ha de cumplir varias penas de prisión consecutivas entonces, de acuerdo con el § 454b StPO, tras el transcurso del cumplimiento de los dos tercios (o, en su caso, de la mitad) de la primera pena se interrumpe la ejecución de ésta y empieza a ejecutarse la segunda para, de este modo, favorecer una posible suspensión anticipada de su encarcelamiento; vid. al respecto *SK (Horn)* § 57 nums. 7, 7a.

[108] *Lackner*, § 57 núm. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 18; críticamente, *Laubenthal*, JZ 1988, pág. 952.

En la praxis no es extraño que no se otorgue el consentimiento para ello[109]. Muchos condenados anticipan de este modo el temido rechazo a su libertad condicional[110]. Puede suponerse que, en ocasiones, la negativa a otorgar su consentimiento, que acorta considerablemente el procedimiento, también es sugerida al autor por parte de los funcionarios del establecimiento penitenciario[111]. En su conjunto el requisito del consentimiento no deja de ser problemático a causa de la dudosa voluntariedad que posee su emisión en la cárcel.

El **pronóstico** sobre el comportamiento adecuado a Derecho del autor es de una importancia decisiva para la cuestión de la libertad condicional. Comparativamente, la Ley demanda aquí menores exigencias: el cumplimiento del resto de la pena se suspende si puede justificarse la puesta a prueba de que el condenado no cometerá más delitos en libertad[112]. No necesita existir, pues, una probabilidad aplastante en torno a la futura conducta del autor[113]; sin embargo, no es posible una excarcelación anticipada si, sobre la base de determinados síntomas, puede contarse con la perpetración de delitos importantes[114]; en esta medida, pues, las necesidades de aseguramiento de la colectividad tienen preferencia frente al interés que representa la libertad del condenado[115]. Sin embargo, en la resolución también hay que tener en cuenta que, en todo caso, el reo debe ser puesto en libertad tras el cumplimiento íntegro de su pena. Aún cuando el tribunal considere que existe un gran peligro de que el autor reincida, desde un punto de vista preventivo-especial puede ser más favorable ponerlo en libertad anticipadamente bajo el cumplimiento de las correspondientes instrucciones y bajo la supervisión de un asistente durante el periodo de prueba (§ 57 III 1 en conexión con los §§ 56c, 56d) para que, de este modo, la inminencia en de la ejecución del resto de

[109] La cuota de rechazos oscila, según las diferentes investigaciones, entre un 12% y un 39%; resumidamente *Walter/Geiter/Fischer*, NStZ 1989, pág. 411; vid. también *Eisenberg/Ohder*, Aussetzung des Strafrestes págs. 36-39.

[110] *Böhm/Erhard*, MschrKrim 1984, págs. 376 ss.; *Eisenberg/Ohder*, Aussetzung des Strafrestes pág. 38; *Laubenthal*, JZ 1988, págs. 953 ss.

[111] *Böhm/Erhard*, MschrKrim 1984, pág. 377; *Walter/Geiter/Fischer*, NStZ 1989, págs. 411 ss.

[112] Este requisito ha sido ya suprimido en la actual redacción del § 57. Vid. *supra* § 79 II 1 nota a pie núm. 101 (N del T).

[113] Se puede contar con un "riesgo asumible"; *Lackner*, § 57 núm. 7; *SK (Horn)* § 57 núm. 9; *Streng*, Sanktionen pág. 100.

[114] *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 16; *Walter/Geiter/Fischer*, NStZ 1990, pág. 19; crítico en este punto *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 722-735, quien da por excluida una situación fidedigna para el pronóstico.

[115] Véase *supra* § 79 II 1 nota a pie núm. 101, la acentuación que de este criterio ha supuesto la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160) (N del T).

la pena le aparte de la comisión de nuevos delitos[116]. De acuerdo con el § 57 I 2 el pronóstico se apoya sobre los mismos factores que en la suspensión condicional de la pena[117]. De especial importancia (y, en la práctica, con frecuencia determinante) es, sin embargo, el relativo al comportamiento del autor en prisión[118] respecto al cual tiene que pronunciarse la Administración penitenciaria. Otros puntos de vista como, verbigracia, la gravedad de la culpabilidad por el hecho o las necesidades preventivo-generales[119] no desempeñan ningún papel en la decisión a adoptar en virtud del § 57 I (BVerfG NJW 1994, pág. 378; OLG Hamm StV 1988, pág. 348; en una dirección equivocada camina la OLG Bamberg StV 1990, pág. 27 con comentario crítico de *Müller-Dietz*, en la que se rechaza la libertad condicional por la ausencia de una "conversión interna" del autor)[120].

5. Según el § 57 II la libertad condicional puede ser concedida bajo dos requisitos alternativos: que el autor haya **cumplido la mitad** de la pena de prisión que, como mínimo, supongan seis meses de estancia efectiva en la cárcel, y que se cumplan los requisitos del § 57 I núms. 2 y 3.

a) Esta posibilidad concurre, en primer lugar, para quienes cumplen por primera vez una condena de hasta dos años. Aquí se discute si también puede aceptarse un primer cumplimiento privilegiado de la pena si el autor ya ha sufrido una privación de libertad acaecida, por ejemplo, a través de la prisión preventiva. Sin embargo, es decisiva la idea sobre la que se basa la disposición de que "por regla general, la primera privación de libertad se experimenta con especial intensidad" (BT-Drucksache 10/2720 pág. 11). Para poder desplegar el efecto de apercibimiento preventivo-especial, la estancia en el establecimiento penitenciario también debe servir de castigo. De ahí que la regulación contenida en el § 57 II núm. 1, relativa al primer cumplimiento de la pena de prisión,

---

[116] Acertadamente, *Frisch*, ZStW 102 (1990) págs. 721, 736-739.

[117] Téngase en cuenta que la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160) ha introducido un factor más: "la importancia del bien jurídico amenazado por la reincidencia" del condenado. Véase la vigente redacción del § 57 I (N del T).

[118] No obstante, es preciso valorar con cautela la conducta desarrollada en la prisión: una adaptación particularmente buena a las condiciones de la prisión acredita tan poco la madurez del autor, como su comportamiento inadecuado en la cárcel la expectativa de la comisión de nuevos delitos en libertad; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57 núm. 19; *SK (Horn)* § 57 núm. 9.ª Acerca de la significativa influencia de la postura de la autoridad penitenciaria sobre la resolución del tribunal vid. *Dünkel/Ganz*, MschrKrim 1985, págs. 160 ss.; *Eisenberg/Ohder*, Aussetzung des Strafrestes págs. 51 ss.; *Walter/Geiter/Fischer*, NStZ 1989, pág. 413.

[119] Véase *supra* § 79 II 1 nota a pie núm. 101, la acentuación que de este criterio ha supuesto la SexualdelBekG de 26.1.1998 (BGBl. I pág. 160) (N del T).

[120] *Dreher/Tröndle*, § 57 núm. 6; *Lackner*, § 57 núm. 8; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57 núm. 17; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 65 núm. 69.

también favorece al autor (OLG Stuttgart NStZ 1990, pág. 103; de otra opinión, OLG Karlsruhe StV 1990, pág. 119)[121] cuando éste ha sufrido prisión preventiva (que se le abona para el cumplimiento de la pena de prisión); algo que por otra parte no sucede si lo que ha cumplido ha sido una pena juvenil (OLG Karlsruhe NStZ 1989, pág. 323)[122] o un arresto sustitutorio[123]. Si se ejecutan consecutivamente varias penas de prisión (§ 454 I StPO), su suma puede ser considerada como el primer cumplimiento; sin embargo, entonces el § 57 II núm. 1 sólo interviene si las penas en su conjunto no superan los dos años de prisión[124].

b) Según el § 57 II núm. 2 la suspensión del resto de la pena es también posible cuando "de la valoración global del hecho, la personalidad del condenado y su desarrollo durante la ejecución de la pena se derive la existencia de *circunstancias especiales*". De forma similar a como sucedía con el § 56 II, esta regulación no sólo es aplicable en casos muy excepcionales[125] sino que la aceptación de la concurrencia de circunstancias especiales se fundamenta también cuando concurren varias causas "simples" de atenuación de la pena (OLG Bamberg StV 1994, pág. 252)[126].

c) La libertad condicional es **facultativa** en los dos casos previstos en el § 57 II. El tribunal puede, por tanto, rechazar de acuerdo con la Ley la excarcelación anticipada aunque concurra un pronóstico favorable de peligrosidad y ante la con-

---

[121] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57 núm. 40; *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 23a; *Streng*, Sanktionen pág. 102; con un criterio diverso *Dreher/Tröndle*, § 57 núm. 9b; *Lackner*, § 57 núm. 15.

[122] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57 núm. 33; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 65 núm. 73; *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 23a; de otra opinión, *Eisenberg*, NStZ 1987, pág. 169.

[123] *Lackner*, § 57 núm. 15; *SK (Horn)* § 57 núm. 16a; con un planteamiento distinto *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57 núm. 33; *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 23a; *Streng*, Sanktionen pág. 102.

[124] Esta cuestión es muy discutida; en el sentido del texto OLG Stuttgart MDR 1988, pág. 879; OLG Karlsruhe NStZ 1989, pág. 324; *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 23a; a favor de la limitación del § 57 II núm. 1, a la *primera* pena, OLG Hamm MDR 1987, pág. 512; *Dreher/Tröndle*, § 57 núm. 9d; *Lackner*, § 57 núm. 16; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57 núm. 37; *Streng*, Sanktionen pág. 102; en contra de cualquier limitación a su aplicabilidad, OLG Oldenburg NStZ 1987, pág. 174; OLG Zweibrücken NStZ 1987, pág. 175; OLG Stuttgart NStZ 1988, pág. 128; OLG Hamburg StV 1990, pág. 271; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 65 núm. 73; *SK (Horn)* § 57 núm. 16a.

[125] Acentuando sin embargo su carácter excepcional, OLG Düsseldorf StV 1987, pág. 353 con comentario crítico de *Bühm*; OLG Hamburg JR 1991, pág. 344 con comentario crítico de *Barton; Dreher/Tröndle*, § 57 núm. 9.

[126] *Lackner*, § 57 núm. 17; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57 núm. 45; *SK (Horn)* § 57 núm. 17. A favor de un incremento en la aplicación de la libertad condicional para las hipótesis del § 57 II, *Walter/Geiter/Fischer*, NStZ 1990, pág. 16.

currencia de "circunstancias especiales". A menudo se sostiene que una decisión de esta naturaleza puede ser apoyado sobre un punto de vista relativo a la gravedad de la culpabilidad, a la prevención general o a la "defensa del Ordenamiento jurídico"[127]. No obstante, con ello se pasa por alto que, a diferencia del § 56 III, aquí el legislador no ha acogido en la norma ninguna referencia a consideraciones preventivo-generales y que la culpabilidad por el hecho ya se ha retribuido a través de la imposición de la pena (que ya no es suspendida) y su cumplimiento parcial. Por este motivo, apenas son evidentes las razones por las que podría ser rechazada aquí la suspensión si se cumplen todos los requisitos del § 57 II núm. 1 ó 2[128]. Sin embargo, el § 57 V prevé expresamente para un supuesto especial la negativa a una libertad condicional que en otro caso sería posible o (en virtud del § 57) preceptiva, a saber, cuando el autor ha suministrado dolosamente[129] información falsa o insuficiente acerca del botín del hecho punible. Difícilmente puede interpretarse esta regulación como una suposición de expectativas desfavorables para el periodo de prueba[130] (la existencia de reservas financieras puede favorecer incluso que el autor lleve una vida alejada del delito), sino que persigue la precisa finalidad de facilitar la restitución de los objetos conseguidos ilícitamente.

6. Si finalmente se suspende el resto de la pena se aplica analógicamente la regulación contenida en los §§ 56a-56g sobre condiciones, instrucciones y revocación de la suspensión a prueba (§ 57 III 1). No obstante, la duración del periodo de prueba no puede superar el resto de la pena que queda por cumplir. Asimismo, por regla general se ordena la asistencia (§ 56d) durante el tiempo que dura la libertad condicional, si el condenado ha cumplido como mínimo un año de prisión (§ 57 III 2)[131].

7. El principio de la dignidad de la persona exige que también en la **cadena perpetua** el condenado siga manteniendo una perspectiva concreta de vida en libertad (BVerfGE 45, 187 [245]); sólo bajo este requisito es posible una configuración razonable de la ejecución de dicha pena.

---

[127] *Dreher/Tröndle*, § 57 núm. 9f; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57 núms. 52-54; *Streng*, Sanktionen págs. 102 ss.; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 763; a favor de que el rechazo en estos casos tenga lugar sólo de forma excepcional, *Lackner*, § 57 núm. 20.

[128] Acertadamente, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 65 núm. 75; *SK (Horn)* § 57 núm. 18a. Si la culpabilidad del autor es especialmente grave o el delito ha perturbado de un modo especialmente intenso la seguridad jurídica de la colectividad, ello obstaculizará por regla general la aceptación de que concurren "circunstancias especiales".

[129] Acerca de este requisito vid. *Schönke/Schröder/Stree*, § 57 núm. 20a.

[130] Así, sin embargo, OLG Hamburg StV 1989, pág. 211, con comentario crítico de *Geiter/Walter*.

[131] También en otros casos se recomienda esta medida de apoyo; *SK (Horn)* § 57 núm. 19a.

a) Para satisfacer este postulado constitucional el legislador en el año 1982 creó, por medio de la introducción del § 52a, la posibilidad de que también la cadena perpetua pudiera ser suspendida condicionalmente. Si se cumplen los requisitos de esta disposición el autor tiene derecho a una excarcelación anticipada (BGH 32, 93 [94]). No obstante, para la suspensión condicional el § 52a plantea exigencias más elevadas que el § 57: junto al consentimiento del condenado, a un pronóstico durante el periodo de prueba que no sea desfavorable en el sentido del § 57 I núm. 2[132]y a un cumplimiento mínimo de la pena de prisión de quince años (§ 57a I núm. 1)[133], la suspensión depende de que "la **especial gravedad de la culpabilidad** del condenado no demande la ejecución ulterior" (§ 57a I núm. 2). Este criterio plantea dificultades en la medida en que la cadena perpetua está prevista en los §§ 211, 220a como pena única, pues la conminación absoluta de la pena máxima parece mostrar que *todo* asesino carga con la medida más alta de culpabilidad imaginable en nuestro Ordenamiento jurídico. Pero, realmente, no puede ponerse en duda que la muerte en una situación de conflicto, aún cuando cumpla con el elemento de la alevosía propio del asesinato, muestra una medida de culpabilidad inferior que la muerte cruel que se infiere al inocente prisionero de un campo de concentración. De ahí que la decisión acerca de la suspensión de la pena esté conectada por completo a la gravedad de la culpabilidad por el hecho en el sentido que ésta posee en la fijación de la pena[134]. Problemática es entonces la cuestión de conforme a qué criterio debe ser medida la "*especial*" culpabilidad del autor[135]. Aquí, al igual que en otros casos (vid. *infra* § 82 II 4), el BGH ha rechazado definir la "medida mínima" o "normal" de un asesinato y se ha limitado ha exigir "circunstancias de peso" que, en una valoración conjunta del hecho y del autor, muestren la culpabilidad especialmente grave de éste (BGH 40, 360).

---

[132] Vid. al respecto BVerfG NJW 1992, pág. 2344; *Kunert*, NStZ 1982, pág. 93; *Lackner*, § 57a núm. 11; *SK (Horn)* § 57a núms. 13 ss.

[133] Este plazo mínimo está algunos años por debajo de la duración media de la pena de prisión del Derecho anterior y que sólo admitía una excarcelación anticipada a través de la concesión del indulto; vid. *Bode*, Faller-Festschrift págs. 326 ss.; *Jung*, JuS 1982, pág. 222; *LK (11.ª) (Gribbohm)* § 57a núm. 8.

[134] *Dreher/Tröndle*, § 57a núm. 7a; *Lackner*, § 57a núm. 3; *Stree*, NStZ 1992, pág. 464; vid. al respecto *infra* § 83 II.

[135] Acerca del estado de la discusión vid. BVerfGE 64, 261 (271 ss.); BGH NStZ 1994, pág. 77; *Dreher/Tröndle*, § 57a núm. 7b; *Lackner*, § 57a núms. 3-5; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57a núms. 12-15; *Mysegades*, Zur Rechtsproblematik der Strafaussetzung págs. 93 ss.; *Revel*, Anwendungsprobleme der Schuldschwereklausel, 1989; *Schönke/Schröder/Stree*, § 57a núm. 5. Acerca de la cuestión de la suficiente determinación de la cláusula de la gravedad de la culpabilidad vid. BVerfGE 86, 288 (310-315).

Con ello se abandona ampliamente a la discrecionalidad del tribunal de instancia la cuestión de la duración mínima de la ejecución de la pena en el asesinato.

b) El tema relativo a la competencia para su resolución se deriva de una amplia *corrección de la Ley* por el Tribunal Constitucional. De acuerdo con el concepto legislativo sobre el que se basó la introducción del § 57a, la *Sala de Ejecución Penitenciaria* debería resolver sobre la totalidad de los requisitos de la suspensión de la pena recogidos en dicho precepto y también, por tanto, sobre la "especial gravedad de la culpabilidad" (§ 454 I 1 StPO). Pero, dado que el tribunal sentenciador, por los muchos años pasados desde el enjuiciamiento, apenas está en condiciones de adoptar razonablemente sus propias comprobaciones acerca de la gravedad de la culpabilidad por el hecho, y puesto que las mismas tampoco se encuentran contenidas necesariamente en la sentencia originaria, el Tribunal Constitucional consideró que a través de esa regulación se infringía el principio constitucional del derecho a un juicio justo con todas las garantías (BVerfGE 86, 288 [315-319]). Por este motivo, en una amplia "interpretación conforme a la Constitución" del § 462a StPO y del § 74 I 1, II, 1 núm. 4 GVG, dividió la competencia entre el tribunal de instancia y el de ejecución[136] y ordenó que sólo el *tribunal juzgador* decidiera acerca de la "especial gravedad de la culpabilidad" (BVerfGE 86, 288 [321-323]). En lo demás la competencia de la Sala de Ejecución Penitenciaria permanece intacta; ésta no sólo debe decidir sobre si el autor es todavía peligroso como para no poder arriesgarse a una excarcelación anticipada (§ 57a I 1 núm. 3 en conexión con el § 57 I 1 núm. 2), sino también sobre si, y en su caso por cuánto tiempo[137], una "especial gravedad de la culpabilidad" comprobada por el tribunal de instancia[138]obstaculiza la suspensión condicional de la pena[139]. Si el tribunal juzgador niega la existencia de dicha culpabilidad, entonces

[136] Críticamente en torno a esta intromisión del Tribunal Constitucional en el dominio del legislador, *Dreher/Tröndle*, § 57a núms. 1a, 1b; *Geis*, NJW 1992, pág. 2938; *Lackner*, § 57a núm. 2; *Meurer*, JR 1992, pág. 441; vid. también OLG Karlsruhe NJW 1993, pág. 2189.

[137] Para posibilitar una preparación razonable de la excarcelación, el tribunal de ejecución debe suministrar en su primera resolución vinculante el espacio de tiempo por el que la especial gravedad de la culpabilidad impide una puesta en libertad anticipada del condenado; BVerfGE 86, 288 (326-332).

[138] La "culpabilidad especialmente grave" se ha de acoger en el *fallo* de la resolución; su ausencia sólo necesita ser expuesta en los *fundamentos* de la resolución; BGH 39, 121 (123-125); *Dreher/Tröndle*, § 57a núm. 19.

[139] Finalmente, el tribunal de ejecución se reserva la posibilidad de decidir en qué forma y extensión la existencia de la "culpabilidad especialmente grave" repercute en la duración de la ejecución de la pena. Además, la importancia de este criterio no sólo puede cambiar con el paso del tiempo sino también, por ejemplo, por medio de un comportamiento posterior al hecho

el órgano judicial de ejecución queda vinculado por ello; en este caso, pues, el rechazo de la suspensión no puede apoyarse en el § 57a I 1 núm. 2.

Esta nueva regulación no tiene efectos retroactivos. Para "casos antiguos" en los que fue impuesta la cadena perpetua antes de la sentencia del Tribunal Constitucional de 3.6.1992, sólo el tribunal de ejecución es competente para adoptar la resolución en virtud del § 57a, aunque, sin embargo, en el enjuiciamiento sobre la gravedad de la culpabilidad no puede desviarse en perjuicio del condenado de los hechos probados por el tribunal juzgador (BVerfGE 86, 288 [324 ss.])[140].

c) A través de la introducción de la posibilidad de la suspensión condicional de la pena y su configuración por el Tribunal Constitucional se ha modificado tan sustancialmente el carácter de la cadena perpetua que el legislador debería regular nuevamente este ámbito en su totalidad. Particularmente respecto al tipo del asesinato podría recomendarse la introducción de un marco penal que alcanzara desde la pena de prisión temporal hasta la cadena perpetua; de este modo, se ahorrarían así por la vía de la suspensión condicional de la pena las ya necesarias correcciones de una conminación penal demasiado rígida que en el caso concreto no se adecua con frecuencia a la culpabilidad del autor [141].

§ 80 La amonestación con reserva de pena

Baumann, Über die Denaturierung eines Rechtsinstituts (§ 59 StGB), JZ 1980, pág. 464; *Cremer,* Erlebt die Verwarnung mit Strafvorbehalt eine (Re-)Naissance? NStZ 1982, pág. 449; *Dencker,* Ein Plädoyer für § 59 StGB, StV 1986, pág. 399; *Dölling,* Die Weiterentwicklung der Sanktionen usw., ZStW 104 (1992) pág. 259; *Dreher,* Die Verwarnung mit Strafvorbehalt, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 275; *Hirsch,* Bilanz der Strafrechtsreform, Gedächtnisschrift für H. Kaufmann, 1986, pág. 133; *el mismo,* Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102 (1990) pág. 534; *Horn,* Ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt noch zu retten? NJW 1980, pág. 106; *el mismo,* "Bewährungsstrafe": Bewährung, sonst Strafe, ZRP 1990, pág. 81; *Jescheck,* Die kriminalpolitische Konzeption des AE, ZStW 80 (1968) pág. 54; *Legat,* Kann und soll der Anwendungsbereich der Verwarnung mit Strafvorbehalt erweitert werden? DAR 1985, pág. 105; *Schöch,* Anmerkung zu OLG Düsseldorf vom 15.5.1984, JR

favorable —el autor se esfuerza, verbigracia, en una reconciliación con los familiares de la víctima— vid. al respecto *Eisenberg,* JZ 1992, pág. 1189; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 57a núms. 30 ss.; *Stree,* NStZ 1992, pág. 466.

[140] Críticos con esta regulación de los "casos antiguos", *Dreher/Tröndle,* § 57a núm. 8a; *Lackner,* § 57a núm. 7; *Müller-Dietz,* Jura 1994, pág. 80; *Stree,* NStZ 1992, págs. 467.

[141] Igualmente, *Elf,* NStZ 1992, pág. 470; *Müller-Dietz,* Jura 1994, pág. 82; *Stark,* JZ 1994, pág. 191.

1985, pág. 378; *el mismo,* Verwarnung statt Strafe, Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 255; *el mismo,* Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C zum 59. Deutschen Juristentag, 1992; *Weigend,* Sanktionen ohne Freiheitsentzug, GA 1992, pág. 345; *Wiss,* Verwarnung mit Strafvorbehalt, Jura 1989, pág. 622; *Zipf,* Die Rechtsfolgen der Tat im neuen StGB, JuS 1974, pág. 137; *el mismo,* Teilaussetzung bei Freiheits-und Geldstrafen, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 977.

I. Esencia y naturaleza jurídica de la amonestación

1. Según el § 59 el tribunal puede, bajo determinados requisitos, llevar a cabo una **amonestación** del autor y, además, determinar una **pena de multa** cuya imposición, sin embargo, queda **reservada**. De modo simultáneo el tribunal fija un periodo de prueba de uno a tres años (§ 59a I). Si durante ese tiempo el autor no comete ningún nuevo delito y se atiene a las instrucciones que el juez le puede haber impuesto (en virtud del § 59a II), entonces se mantiene la amonestación; en otro caso, se puede condenar al autor a la pena objeto de reserva (§ 59 I en conexión con el § 56f).

2. La amonestación con reserva de pena **conecta** elementos del **castigo** con aquellos que **influyen preventivo-especialmente**[1]. Poseen carácter *sancionador* el pronunciamiento sobre la culpabilidad del autor, la amonestación y también la instrucción prevista en el § 59a II núm. 3, consistente en pagar una cantidad de dinero a una institución de interés social o al erario público. La *resocialización* del autor se persigue ante todo por la dispensa de la condena a una pena que libera a aquél del estigma que supone ser castigado; también deben contribuir positivamente a ello la fijación de un periodo de prueba y, especialmente, las instrucciones previstas en el § 59a II núms. 1, 4, 5, que consisten en esforzarse para compensar al ofendido, en someterse a un tratamiento curativo ambulante o desintoxicador y, finalmente, en tomar parte en cursos de seguridad vial.

[1] En el *extranjero* es comparable con el "ajournement avec rnise à l'épreuve" del Derecho francés (art. 132-63, 132-65 C.p.), en el que la fijación de la pena es aplazada durante un periodo de prueba (críticamente al respecto por la inseguridad de la medida de la pena *Zieschang,* Sanktionensystem págs. 438-441), así como con la "suspended sentence" del Derecho *anglo-arnericano* (vid., por ejemplo, la "suspended sentence of imprisonment", secc. 22 Power of Criminal Courts Act 1973 [Inglaterra]; "conditional discharge", 38 Illinois Revised Statutes §§ 1005-6-1(2)(b)(c), 1005-6-3; "suspension of sentence", Criminal Justice Code of New Jersey, secc. 2 C: 45-1 ss.). El Anteproyecto *suizo* de *Schultz* (art. 59) contiene la "suspensión de la sentencia" para penas cuya conminación alcanza un año de prisión.

Dado que ninguno de estos elementos se encuentra inequívocamente en un primer plano, la amonestación con reserva de sanción no es en su esencia ni una pena (pues precisamente ésta *no* se dicta) ni una medida resocializadora. Se presenta, más bien, como una **sanción criminal autónoma**[2] que muestra una gran similitud con la suspensión condicional de la pena, pero que es diversa a ésta por ser (sólo) aplicable al ámbito de la pena de multa.

II. El significado político-criminal de la amonestación

1. El instituto jurídico de la amonestación fue introducido con la Reforma de 1975. La **justificación de su existencia** ha sido desde un principio objeto de una discusión que se sigue manteniendo hoy en día.

En la Gran Comisión de Derecho penal fue discutida en profundidad la idea político-criminal a la que respondía la amonestación pero, finalmente, ésta no fue asumida por el E 1962[3]. En cambio, los autores del AE previeron para el amonestación un amplio campo de aplicación "como primer grado de la reacción penal frente a autores primarios en el terreno de la denominada criminalidad de masas (AE Fundamentación pág. 113). Según el § 57 AE la "amonestación bajo reserva de pena" debería ser siempre posible cuando el autor incurriera por primera vez en una pena de cuyo límite superior fuera el de un año de prisión; la imposición de condiciones e instrucciones estaba expresamente excluido (§ 57 II AE). Ciertamente, en la Comisión Especial del Parlamento Federal para la Reforma del Derecho penal este instituto jurídico encontró por lo general aceptación, pero fue configurado de tal forma a través de distintas restricciones (particularmente con la asunción de la "cláusula de su merecimiento", en la actualidad circunscrita al § 59 I 1 núm. 2) que sólo habría de aplicarse para casos muy excepcionales (BT-Drucks. V/4095 pág. 24). En su actual forma, la amonestación se presenta como un producto de compromiso que no parece satisfacer[4] ni a sus partidarios[5] ni a sus principales adversarios[6].

---

[2] En la doctrina se caracteriza con frecuencia a la amonestación con reserva de pena como "un medio de reacción penal autónomo de naturaleza similar a las medidas de seguridad"; *Dreher*, Maurach-Festschrift pág. 294; *Dreher/Tröndle*, § 59 núm. 3; *Lackner*, § 59 núm. 2; *LK (11.ª) (Gribbohm)* nota preliminar núm. 3 antes del § 59; de forma parecida también *Schönke/Schröder/Stree*, § 59 núm. 3; *SK (Horn)* § 59 núm. 2. Por el contrario, *Streng*, Sanktionen pág. 59, la considera como "una clase de pena de multa imperfecta".

[3] Vid. al respecto E 1962 Fundamentación, pág. 196; Niederschriften Tomo I págs. 103 ss., 311; *Dreher*, Maurach-Festschrift págs. 276 ss.

[4] A favor, sin embargo, de la solución de compromiso *Jescheck*, ZStW 80 (1968) págs. 72 ss.

[5] Vid., por ejemplo, *Baumann*, JZ 1980, pág. 464.

[6] *Cremer*, NStZ 1982, pág. 449; *Dreher*, Maurach-Festschrift pág. 275; *Zipf*, JuS 1974, pág. 146.

2. Ante todo, la construcción del § 59 es dudosa desde una perspectiva **sistemática** pues al no ser impuesta una pena "merecida", esto es, adecuada a la culpabilidad, no tiene lugar la requerida compensación por la misma[7]. Sin embargo, frente a esta objeción puede señalarse que en los casos comprendidos por el § 59 falta la *necesidad* de pena del autor, pues su culpabilidad, a la vista del marco punitivo de 180 días-multa y de los requisitos adicionales del § 59 I 1 núm. 2, no es demasiado grave; además, todas las necesidades preventivas pueden ser cumplidas a través de las instrucciones previstas en el § 59a II. De ahí que no suponga una ruptura del sistema el hecho de que se acuerde después una sentencia condenatoria si el autor ha infringido gravemente el régimen del periodo de prueba y, particularmente, si ha cometido nuevos delitos[8]; en este caso, su comportamiento posterior evidencia que era errónea la suposición de que no era necesaria una pena para satisfacer el aspecto preventivo.

3. Más serias son las dudas en torno a la necesidad **político-criminal** de un instituto jurídico adicional para la sanción de delitos leves. Para este ámbito está prevista primordialmente la pena de multa (ejecutable); y también para supuestos de bagatela, en los que no está señalada ninguna pena pero sí una perceptible reacción del Estado, el archivo condicional del proceso penal (§ 153a StPO) se presenta como una respuesta adecuada[9]. Dado que, además, ha vinculado la aplicación de la amonestación a requisitos muy estrechos, variados y complicados, apenas sorprende que haya llevado una existencia propia del "hijastro de la legislación de reforma del Derecho penal"[10]. Entretanto, la amonestación ha ido conquistando un cierto ámbito de aplicación en la praxis que, no obstante, aún sigue siendo modesto[11]. Aquí pertenecen los casos en los que un archivo del proceso penal en virtud del § 153a sería adecuado, pero éste fracasa por la falta de aprobación de una de las partes presentes en aquél[12]. Pero para su resolución no se requiere un

---

[7] Subrayando este aspecto *Dreher*, Maurach-Festschrift págs. 283-285; vid. también *Dreher/Tröndle*, nota preliminar núm. 3 antes del § 59.

[8] Así, sin embargo, *Dreher*, Maurach-Festschrift pág. 284.

[9] Vid. *Cremer*, NStZ 1982, pág. 450. No obstante, caracterizando a la amonestación como una aportación positiva dirigida a una diferenciación del sistema de penas *Hirsch*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 137; de modo similar *Dölling*, ZStW 104 (1992) pág. 269.

[10] *Schöch*, JR 1985, pág. 378.

[11] En el año 1991 la amonestación con reserva de pena fue aplicada a 3474 personas; Fuente: *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Serie 3: Strafverfolgung 1991, 1993, pág. 54. Pueden encontrarse datos estadísticos adicionales desglosados según la clase de delitos a los que se aplica en *Schöch*, Baumann-Festschrift págs. 263 ss.; *el mismo*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 33, C 91 ss.

[12] Vid. al respecto *Dencker*, StV 1986, págs. 399-402 (§ 59 como "represalia del tribunal"); *SK (Horn)* § 59 núm. 3.

instituto jurídico autónomo. La cuestión decisiva es más bien si también para las penas de multa se aprecia la necesidad de que se prevea su suspensión condicional[13]. Si esto es así[14], entonces la amonestación puede asumir esa función[15]. Si, por el contrario, se es de la opinión de que en la pena de multa el sistema de cuotas diarias y la posibilidad de que se concedan facilidades de pago (§§ 40 II, 42) posibilita una adaptación tan amplia a la capacidad económica del autor que por razones de prevención especial no se necesita renunciar a la ejecución de la sanción pecuniaria[16], entonces apenas queda un ámbito de aplicación razonable para la amonestación en su configuración original. No obstante, la ampliación en el año 1986 del catálogo de instrucciones (§ 59a II) abre interesantes perspectivas: se crea la posibilidad de que, a través de la conminación de una pena de multa, se proporcione un estímulo a los autores menos tolerantes o más impulsivos para su colaboración en medidas de tipo terapéutico o resocializador (conciliación entre autor y víctima, tratamiento curativo ambulante o participación en clases de seguridad vial)[17]. Queda no obstante por ver si las exigencias nuevamente reforzadas de los últimos tiempos darán lugar a un uso más frecuente de la amonestación[18]. El objetivo de crear una sanción a prueba de carácter flexible en la que no se tenga que recurrir a la privación de libertad en caso de que aquélla no tenga éxito, se alcanza probablemente mejor por medio de una vía directa[19].

---

[13] Esto ha sido ya puesto de relieve por *Zipf*, JuS 1974, pág. 146; vid. también *Maurach/Gössel/*Zipf, Allg. Teil II § 66 núm. 2.

[14] Como por ejemplo sostienen *Hirsch*, ZStW 102 (1990) pág. 551; *Zipf*, Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 981-987. Esta posibilidad está también prevista en el § 43 österr. StGB.

[15] *Weigend*, GA 1992, pág. 355.

[16] Vid., por ejemplo, la postura contraria del Gobierno Federal en BT-Drucks. 10/5828 págs. 4 ss.; en este sentido también (aunque con indicación de la equivalencia funcional del § 59) *Dölling*, ZStW 104 (1992) pág. 274; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 84.

[17] Menos razonable resulta sin embargo la posibilidad prevista en el § 59a II núm. 3, de reservar la pena de multa al condenado y, simultáneamente, girarle un importe a pagar en el erario público. Aquí desaparece la diferencia entre la amonestación y la pena de multa en la (pequeña) ventaja relativa a la inscripción en el Registro Federal de Penados (vid., por un lado, §§ 4 núm. 3, 32 II núm. 1 BZRG y, de otro, §§ 4 núm. 1, 32 II núm. 5 BZRG). Probablemente, esta forma menos convincente de sancionar es explicable por el intento de evitar una mejor posición de los amonestados en virtud del § 59 frente a aquellos a los que se les ha impuesto una sanción pecuniaria por la comisión de una infracción administrativa; vid. *Cremer*, NStZ 1982, pág. 451; *Dreher/Tröndle*, § 59 núm. 4. Acerca de otros ámbitos de aplicación de la amonestación (por ejemplo, el autor por convicciones políticas, "supuestos limítrofes" de la punibilidad) vid. *Schäfer*, Praxis núm. 53; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT págs. C 33, C 91.

[18] Vid., por ejemplo, *Dencker*, StV 1986, pág. 399; *Horn*, NJW 1980, pág. 106; *Legat*, DAR 1985, pág. 105; *Schöch*, Baumann-Festschrift pág. 255; *Wiss*, Jura 1989, págs. 626 ss.

[19] Acerca de la idea de una "sanción a prueba" vid. *Horn*, ZRP 1990, pág. 81; *Weigend*,

III. Requisitos de la amonestación

La amonestación posee un **ámbito limitado de aplicación** a delitos leves y está, además, ligada a tres **requisitos restrictivos** que deben asegurar que, a pesar de la levedad de la sanción, no se desatiendan los distintos fines de la pena.

1. La amonestación sólo es aplicable si el autor se ha hecho merecedor de una **pena de hasta 180 días-multa**[20]. Esto significa que la amonestación no tiene lugar cuando frente al autor (también) se dicta una medida de corrección y aseguramiento (§ 59 III 2), pero tampoco cuando se le impone como pena accesoria la prohibición de conducir (§ 44)[21]. Esta restricción es poco inteligente desde una perspectiva político-jurídica pues precisamente en los delitos de tráfico puede ser razonable el enlace de una prohibición de conducir con la asistencia a clases de seguridad vial impuesta a través de los §§ 59, 59a II núm. 5[22].

2. La amonestación presupone un **pronóstico social favorable** (§ 59 I núm. 1). Debe concurrir una alta probabilidad de que el autor, aún sin serle impuesta la pena, no cometerá más delitos[23]; en el pronóstico, naturalmente, también hay que tener en consideración el efecto preventivo de las instrucciones (§ 59a II) que se imponen al autor[24]. El legislador se ha abstenido de limitar el ámbito de aplicación de la amonestación a los delincuentes primarios; no obstante, si el autor ha sido ya castigado dentro de los tres años anteriores a la comisión del hecho o amonestado conforme al § 59 dentro del mismo plazo, entonces se excluye "por regla general" un pronóstico favorable (§ 59 II)[25].

3. Con la denominada **"cláusula de merecimiento"** del § 59 I 1 núm. 2, el legislador había perseguido en un principio limitar la aplicación del § 59 a casos

---

GA 1992, pág. 357, págs. 361 ss.; de hecho, también de modo similar *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 93, C 106-C 108, quien concibe al § 59 como "reacción de base" para numerosas condiciones e instrucciones.

[20] Con ello, sin embargo, el ámbito de aplicación *potencial* de la amonestación es muy amplio: en el año 1991 un 99,7% de todos los autores que fueron condenados a pena de multa recibieron una sanción de menos de 180 cuotas; fuente: *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Serie 3: Strafverfolgung 1991, 1993, pág. 50.

[21] *Dreher/Tröndle*, § 59 núm. 2a; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 59 núm. 3; *Schönke/Schröder/Stree*, § 59 núm. 5; *SK (Horn)* § 59 núm. 18.

[22] Vid. *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 93.

[23] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 59 núm. 6.

[24] Las simples dudas en torno a si el autor se atendrá a las instrucciones no justifican que se prescinda de la amonestación; *SK (Horn)* § 59 núm. 7.

[25] Vid. *Schönke/Schröder/Stree*, § 59 núm. 10; a favor de la eliminación del § 59 II *Dölling*, ZStW 104 (1992) pág. 270.

especiales que, sobre la base de circunstancias especiales, llevaran "el sello de extraordinarios"[26]. Sin embargo, en el año 1986 la exigencias recogidas en el § 59 I 1 núm. 2, fueron reducidas en coincidencia con el § 56 II, ante la comprobación de que en virtud de una valoración global del hecho y de la personalidad del autor existían "circunstancias especiales" que abogaban por liberar al autor de la pena. Con ello se expresa, por un lado, que el § 59 *no* ha de comprenderse como *sanción ordinaria* para pequeños delitos[27]; pero, por otro, también se extiende el ámbito de aplicación de la disposición a los casos en los que la sensibilidad a la pena del autor es especialmente intensa[28], donde la culpabilidad por el hecho se ha rebajado fuertemente o, finalmente, a aquellos supuestos en los que existe una combinación entre un hecho grave y circunstancias atenuantes referidas al autor[29].

Ejemplos: El § 59 es aplicable en el homicidio imprudente o en las lesiones imprudentes provocadas en el ámbito de la circulación vial cuando la culpabilidad del autor es notablemente reducida y la corresponsabilidad del ofendido en el accidente es alta (OLG Celle StV 1988, pág. 109; AG Landstuhl MDR 1976, pág. 66; vid. también AG Alzey DAR 1975, pág. 163); también sucede con las coacciones por medio de sentadas en la medida en que éstas siguen siendo punibles según la BVerfGE 92, 1 (BayObLG NJW 1990, pág. 58), con la ocupación de inmuebles (OLG Köln NStZ 1982, pág. 333), así como con los delitos sobre drogas de carácter leve cuando el autor se ha alejado por sí mismo del mundo de los estupefacientes.

4. Finalmente, según el § 59 I 1 núm. 3, la amonestación sólo entra en juego si no se requiere un castigo "para la **defensa del Ordenamiento jurídico**". También esta fórmula (vid. §§ 47 I, 56 III; vid. *supra* § 79 I 5) expresa la importante reserva del legislador frente al instituto jurídico de la amonestación. Las exigencias de la "defensa del Ordenamiento jurídico" plantean aquí especiales dificultades. Incompatible con la aplicabilidad *general* de la amonestación prevista en el § 59 I sería, en todo caso, una interpretación según la cual en determinadas clases de delitos como, por ejemplo, los delitos de tráfico, la "defensa del Ordenamiento

[26] Vid. *LK (10.ª)(Ruß)* § 59 núm. 5; todavía a favor de su "carácter extraordinario", *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 276.

[27] *Schöch*, Baumann-Festschrift pág. 257; *el mismo*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 90.

[28] Críticos con este criterio que anteriormente era en ocasiones especialmente resaltado por la jurisprudencia, *Schönke/Schröder/Stree*, § 59 núm. 14; *SK (Horn)* § 59 núm. 9. *Horn* considera al § 59 como la sanción típica para el delincuente ocasional ("toque de advertencia"); *SK (Horn)* § 59 núm. 11.

[29] También debería poder ser incluida en la "valoración global" la circunstancia de que al autor, a través de las instrucciones que se le imponen en virtud del § 59a II, le son impuestos ciertos gravámenes como respuesta al hecho; vid. *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT p. C 92.

jurídico" exige *siempre* la imposición de una pena[30]. De acuerdo con el § 59 I 1 núm. 3, sólo puede ser excluida una amonestación si, en función de circunstancias especiales, está fundamentado un fuerte y legítimo interés en el *castigo* —al menos simbólico— del autor; es decir, cuando a pesar de la reducida culpabilidad del autor no es suficiente un castigo mediante la declaración de su culpabilidad, amonestación e imposición del pago de una cantidad de dinero (§ 59a II núm. 3). Tales casos, sin embargo, apenas pueden ser imaginados[31].

5. Aun cuando concurran la totalidad de los requisitos para la amonestación, la Ley deja a **discrecionalidad** del tribunal si éste quiere hacer uso de la posibilidad del § 59 o si, por el contrario, prefiere imponer una pena. Sin embargo, si se han superado todos los obstáculos contenidos en el § 59 I 1 núms. 1-3, ya no puede existir ninguna otra consideración de carácter discrecional que demandara un castigo sin reserva. De ahí que sea correcta la interpretación de la doctrina mayoritaria que, en contra de su tenor literal, considera al § 59 como una **disposición ineludible**[32].

IV. Contenido y ejecución de la resolución

1. Si el tribunal se decide por la aplicación del § 59 debe declarar culpable al autor en el fallo de la sentencia[33] y proceder a su **amonestación**, **fijando** además una **pena de multa** de cuantía determinada según el § 40[34]. Simultáneamente se acuerda un **periodo de prueba** de entre uno y tres años.

2. Asimismo, el tribunal puede imponer al autor **instrucciones** determinadas (§ 59a) para las que rigen con carácter general los mandatos de exigibilidad y proporcionalidad (§ 59a II 2). Hasta el año 1994 la Ley había declarado aplicables aquí las condiciones a prueba del § 56b II y, además, había previsto ciertas instrucciones (cumplimiento de deberes de manutención y tratamiento curativo

---

[30] En este sentido, sin embargo, BayObLG JR 1976, 511 (512); *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil pág. 276; *Dreher/Tröndle*, § 59 núm. 5; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 767; en el sentido del texto, OLG Zweibrücken StV 1986, 385 (386); OLG Celle StV 1988, pág. 109; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 59 núm. 5; *Schönke/Schröder/Stree*, § 59 núm. 15.

[31] Vid. también *SK (Horn)* § 59 núm. 13.

[32] *Lackner*, § 59 núm. 10; *Schäfer*, Praxis núm. 49; *Schönke/Schröder/Stree*, § 59 núm. 16; *SK (Horn)* § 59 núm. 14; de otra opinión, *Dreher/Tröndle*, § 59 núm. 2; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 59 núm. 18; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 66 núm. 7.

[33] La amonestación con reserva de pena también puede ser adoptada mediante orden penal (§ 407 II 1 núm. 1 StPO).

[34] Acerca de los problemas que pueden derivarse del intervalo de tiempo que media entre la condena y la posible "firmeza" de la pena de multa vid. *SK (Horn)* § 59 núms. 19 ss.

o desintoxicador). A través de la Ley para la Lucha contra el Delito (BGBl. 1994 I pág. 3186) las medidas admisibles han sido agrupadas en el § 59a II, con lo que la expresión "ordenar" contenida en dicha disposición indica que todas ellas han de ser entendidas como instrucciones (vid. § 56c II). Sin embargo, esto no es adecuado pues, en todo caso, el pago de una cantidad de dinero a una institución social o al erario público previsto en el § 59a II núm. 3, apenas puede ser considerado como una medida que despliegue efectos resocializadores sobre el tipo de vida del amonestado (vid. el § 56b II, donde la misma medida es definida como "condición")[35].

En relación con la instrucción consistente en someterse a un tratamiento curativo o desintoxicador rige también aquí el principio de necesidad del consentimiento del amonestado (§ 59a II 3 en conexión con el § 56c III). También en los demás casos existe una preferencia por la asunción voluntaria del autor de aquellas medidas que sean necesarias para la eliminación definitiva de las consecuencias del hecho (§ 59a II núms. 1-3) o para evitar la reincidencia (§ 59a II núms. 4, 5). Caso de que pueda contarse con el mantenimiento de tales promesas, por lo general el tribunal prescinde de la imposición de las instrucciones correspondientes (§ 59a II 3 en conexión con el § 56c IV). En todo caso, éstas pueden todavía imponerse o modificarse a lo largo del periodo de prueba (§ 59a II 3 en conexión con el § 56e).

3. Si durante el periodo de prueba impuesto el autor **no ha cometido ningún delito** y ha llevado a cabo las instrucciones que le fueron impuestas, entonces el tribunal fija mediante auto (§ 453 I StPO) la satisfacción de la amonestación (§ 59b II). A continuación se retira la inscripción del Registro Federal de Penados (§ 12 II 2 BZRG) y el autor permanece a todos los efectos sin castigo (§ 51 I BZRG).

Si, por el contrario, no se supera el periodo de prueba entonces el tribunal dispone de varias posibilidades recogidas en el § 56f: en delitos de gravedad o en caso de importantes y persistentes infracciones de las instrucciones impuestas, puede alargar el periodo de prueba, modificar éstas o imponer la pena objeto de reserva (§ 59b I)[36]. Dado que ya se resolvió definitivamente acerca de la cuantía de la pena, no tiene lugar una nueva vista oral sino que tras dar audiencia al autor y a la Fiscalía, la pena reservada se dicta mediante auto frente al que cabe recurso (§ 453 StPO).

---

[35] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 59a núm. 2.

[36] En el ejercicio de su discrecionalidad el tribunal puede aplicar el mismo criterio que en la revocación del periodo de prueba del § 56f; *Dreher/Tröndle*, § 59b núm. 1; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 59b núm. 4 (quien, sin embargo, entiende inadmisible una ampliación de dicho periodo, ibidem núm. 11); *SK (Horn)* § 59b núm. 4; no obstante, a favor de un criterio más riguroso en el § 59b *Schönke/Schröder/Stree*, § 59b núm. 4; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 768.

§ 81 Dispensa de la pena y declaración de impunidad

Bassakou, Beiträge zur Analyse und Reform des Absehens von Strafe nach § 60 StGB, 1991; *Baumann,* Zur Repersonalisierung des Strafrechts, Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 41; *Bundesministerium der Justiz* (ed.), Schadenswiedergutmachung im Kriminalrecht, 1988; *el mismo,* (ed.), Täter-Opfer-Ausgleich (Bonner Symposium), 1991; *el mismo,* (ed.), Gesetz zur Anderung des Strafgesetzbuchs usw. (Verbrechensbekämpfungsgesetz) — Materialien — 1994; *Dölling,* Der Täter-Opfer-Ausgleich, JZ 1992, pág. 493; *Eser,* Absehen von Strafe — Schuldspruch unter Strafverzicht, Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 257; *Eser/Kaiser/Madlener* (edrs.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht 1990; *Frehsee,* Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; *Hassemer,* Das Absehen von Strafe als kriminalpolitisches Instrument, Festschrift für W. Sarstedt, 1981, pág. 65; *Hirsch,* Wiedergutmachung des Schadens usw., ZStW 102 (1990) pág. 534; *Kiehl,* Strafrechtliche Toleranz wechselseitiger Ehrverletzungen, 1986; *König/Seitz,* Die straf-und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, NStZ 1995, pág. 1; *Krümpelmann,* Die Bagatelldelikte, 1966; *Küper,* Die Grundlagen der Kompensation usw., JZ 1968, pág. 651; *Küster,* Zum Wesen der strafrechtlichen Kompensation, NJW 1958, pág. 1659; *Lampe,* Wiedergutmachung als "dritte Spur" des Strafrechts? GA 1993, pág. 485; *Lange,* Die Systematik der Strafdrohungen, Materialien, Tomo I, pág. 69; *Loos,* Zur Kritik des "Alternativentwurfs Wiedergutmachung", ZRP 1993, pág. 51; *Maiwald,* Das Absehen von Strafe nach § 16 StGB, ZStW 83 (1971) pág. 663; *el mismo,* Anmerkung zu OLG Karlsruhe vom 7.3.1974, JZ 1974, pág. 773; *Marks/Meyer/Schreckling/Wandrey* (edrs.), Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis, 1993; *Messmer,* Zwischen Parteiautonomie und Kontrolle, en: *Bundesministerium der Justiz* (ed.), Täter-Opfer-Ausgleich (Bonner Symposium), 1991, pág. 115; *Müller-Dietz,* Absehen von Strafe usw., Festschrift für R. Lange, 1976, pág. 303; *Rössner,* Wiedergutmachen statt übelvergelten, en: *Marks/Rössner* (edrs.), Täter-Opfer-Ausgleich, 2.ª ed. 1990, pág. 7; *Roxin,* Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en: *Schöch* (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, pág. 37; *el mismo,* Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem, Festschrift für J. Baumann, 1992, pág. 243; *el mismo,* Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem, Festschrift für P. Lerche, 1993, pág. 301; *Schöch,* Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C zum 59. DJT, 1992; *Schreckling,* Bestandsaufnahmen zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs in der Bundesrepublik Deutschland, 1991; *Schröder,* Die Koordinierung der Rücktrittsvorschriften, Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 377; *Sessar,* Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, Festschrift für H. Leferenz, 1983, pág. 145; *el mismo,* Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 373; *Wagner,* Die selbständige Bedeutung des Schuldspruchs usw., GA 1972, pág. 33; *v. Weber,* Das Absehen von Strafe, MDR 1956, pág. 705; *Weigend,* Deliktsopfer und

Strafverfahren, 1989; *el mismo,* Schadensersatz im Strafverfahren, en: *Will* (ed.), Schadensersatz im Strafverfahren, 1990, pág. 11; *Zickendraht-Wendelstadt,* Straffreierklärung und Absehen von Strafe, Diss. Hamburg 1973.

En un gran número de casos la Ley prevé la posibilidad de que el tribunal declare la culpabilidad del autor pero le dispense de la pena. Con el instituto jurídico de la **dispensa de la pena** se rompe la vinculación entre la comisión de un delito y el castigo del autor; el principio "nulla poena sine culpa" no admite inversión. A primera vista ello parece paradójico: si las normas penales han sido creadas porque el comportamiento antisocial en ellas descrito está necesitado de pena, en realidad su castigo no debería omitirse si se comprueba la existencia de un comportamiento culpable[1]. Sin embargo, se han formulado objeciones de dos clases distintas: por un lado, en el caso concreto el injusto típico puede situarse por debajo de la "medida normal"; por otro, también la ejecución del proceso penal y la declaración formal de culpabilidad suponen una palpable reacción del Estado frente al hecho[2]; aún cuando se le dispense de la pena, al autor "le ha sucedido algo". Por ello, en un sistema de sanciones diferenciador la dispensa de la pena ha encontrado un espacio completamente razonable; marca el límite inferior de la actividad sancionadora en los casos en los que el injusto o la culpabilidad aparecen fuertemente reducidos o en los que, por razones especiales, falta la necesidad de una sanción para el rechazo simbólico de la infracción de la norma o para influir sobre la persona del autor.

Típico para una situación de esta naturaleza es el caso regulado en el § 60 en el que el autor, a través de las *consecuencias del hecho* que él mismo ha sufrido, ya se encuentra "suficientemente castigado) (*infra* I). Asimismo, la necesidad de imponer una pena por razones preventivas puede decaer si el autor ya ha *reparado* las consecuencias del hecho (*infra* II). Finalmente, la Parte Especial del StGB contiene abundantes *casos concretos* en los que es posible la dispensa de la pena; estos pueden deberse a ideas fundamentales diversas (*infra* III).

---

[1] De ahí que la introducción de un instituto jurídico como el de la "dispensa de la pena" fuera todavía rechazado en la Gran Comisión de Derecho Penal; vid. *Lange,* Materialien Tomo I págs. 78 ss.; Niederschriften Tomo I págs. 115 ss.; vid. también *Hassemer,* Sarstedt-Festschrift pág. 65; *Maiwald,* ZStW 83 (1971) págs. 672 ss. *Wagner,* GA 1972, pág. 38, diferencia por el contrario entre necesidad de pena y "necesidad de comprobación de la culpabilidad".

[2] La dispensa de la pena presupone que el autor ha sido declarado formalmente culpable (vid. § 260 IV 4 StPO). También debe soportar las costas del proceso (§ 465 I 2 StPO). Sin embargo, no tiene lugar una inscripción en el Registro Federal de Penados (vid. § 4 BZRG).

I. La dispensa de la pena según el § 60

1. De acuerdo con el § 60 el tribunal dispensa de la pena si el hecho ha comportado ya **consecuencias** tan **graves** para el autor que la imposición de aquélla sería "manifiestamente inadecuada". Se ha pensado sobre todo en aquellos casos en los que a través del delito el agente se hiere gravemente a sí mismo (por ejemplo, en un accidente de tráfico) o ha perdido a un pariente cercano. Evidentemente, aquí no falta la culpabilidad por el hecho; ésta puede ser incluso de mucho peso[3]. Sin embargo, se prescinde de la pena porque, de una parte, la culpabilidad del autor ya ha quedado compensada en parte por las consecuencias del hecho a través de las graves consecuencias que, para él, han surtido efecto de forma similar a una sanción punitiva ("poena naturalis")[4]; y, de otra, porque (por ello) ya no es reconocible la existencia de ninguna necesidad preventiva. Si el hecho es tan grave como para merecer una pena superior al año de prisión la Ley presupone *iuris et de iure* que por consideraciones preventivo-generales no se plantea una completa renuncia a la pena (§ 60, inciso segundo).

2. En los demás aspectos la aplicación de la disposición no se encuentra limitada; de ahí que la dispensa de la pena sea también posible en un delito de homicidio doloso (vid. BGH 27, 298), así como en relación con el § 315c I núm. 1a (OLG Celle NStZ 1989, 385 [386])[5]. Las "**graves consecuencias**" deben haber alcanzado al autor mismo; cuando, sin embargo, éste las ha provocado conscientemente (por ejemplo, en una automutilación para librarse del servicio militar del § 109) entonces no pueden alegarse en su beneficio en el marco del § 60 pues en relación con la lesión de otros intereses el autoperjuicio calculado no reduce sustancialmente las necesidades de prevención[6]. Por el contrario, consecuencias del hecho similares a la pena como, verbigracia, la pérdida del puesto de trabajo o la ruptura del matrimonio, están comprendidas por el tenor literal y el sentido del § 60 en la medida en que se trate de consecuencias del hecho mismo (y no del proceso penal)[7]. Las graves consecuencias del delito pueden residir también en la desesperación o las importantes lesiones de una persona cercana[8]; no obstante, aquí también hay que acoger los supuestos en los que el autor mismo ha lesionado

---

[3] Vid. *Hassemer*, Sarstedt-Festschrift pág. 76; *Maiwald*, ZStW 83 (1971) págs. 667 ss.

[4] *Lackner*, § 60 núm. 1; crítico en este punto *Bassakou*, Beiträge págs. 112, 127.

[5] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 60 núm. 9; *Schönke/Schröder/Stree*, § 60 núm. 9.

[6] En definitiva también, *Maiwald*, ZStW 83 (1971) pág. 689; de otra opinión, *LK (11.ª) (G. Hirsch)* § 60 núm. 22.

[7] [7] *Schönke/Schröder/Stree*, § 60 núm. 6; *SK (Horn)* § 60 núm. 5; de otra opinión vid. la 4.ª ed. de esta obra pág. 771.

[8] *Lackner*, § 60 núm. 2; *Schönke/Schröder/Stree*, § 60 núm. 3; *SK (Horn)* § 60 núm. 7.

o matado a un pariente de forma dolosa y culpable[9]. También deben quedar fuera de consideración las consecuencias psíquicas "normales" de un delito tales como la conmoción o los autoreproches, a no ser que posean el valor de una enfermedad[10].

3. En los casos del § 60 la Ley exige del tribunal una decisión en el sentido de "todo o nada", puesto que sólo se plantea una dispensa total de la pena y no una atenuación de la misma[11]. Como idea directriz el § 60 remite a los **fines de la pena**: sólo si "manifiestamente" ninguno de ellos hace necesario el castigo del autor *hay* (obligatoriamente) que dispensar a éste de la pena. El resultado convence inmediatamente pues una pena "**manifiestamente inadecuada**" se muestra como un sufrimiento sin sentido e, incluso, atentaría contra el art. 2 I GG[12]; sin embargo, es difícil la subsunción de un supuesto de hecho bao la consideración del "microcosmos de los fines de la pena"[13]. Dado que realmente las graves repercusiones del hecho bastan generalmente para la compensación de la culpabilidad y para la intimidación del autor frente a futuros delitos[14], la necesidad no obstante de imponer un castigo sólo puede ser fundamentada a través de consideraciones propias de la prevención general en el sentido de la "defensa del Ordenamiento jurídico" (OLG Karlsruhe NJW 1974, 1006 [1007])[15]. Éstas podrían a veces hablar en contra de una dispensa de la pena si el autor ha perjudicado a terceros de forma considerablemente más grave que a sí mismo (vid. al respecto OLG Celle NJW 1971, pág. 575; OLG Frankfurt NJW 1971, pág. 767)[16].

A través del requisito de que la pena debe ser "manifiestamente" inadecuada debe quedar excluido el § 60 en aquellos supuestos en los que también existan

---

[9] En otro sentido se pronuncia la doctrina mayoritiaria; vid. *Dreher/Tröndle*, § 60 núm. 2; *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 60 núms. 22 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 60 núm. 9; como en el texto, sin embargo, *Maiwald*, ZStW 83 (1971) págs. 689 ss. En la BGH 27, 298 (300 ss.), ciertamente, el Tribunal Supremo ha aceptado la aplicabilidad de esta disposición para un caso de homicidio doloso del propio hijo, pero en este supuesto la capacidad de culpabilidad de la autora estaba disminuida a causa de una fuerte depresión de acuerdo con el § 21. El caso de la "eutanasia" dolosa sobre el cónyuge, punible de acuerdo con el § 216, ya no puede ser tratado a través del § 60.

[10] *Dreher/Tröndle*, § 60 núm. 3; *Schönke/Schröder/Stree*, § 60 núm. 5; *Wagner*, GA 1972, pág. 51; yendo más allá, sin embargo, *SK (Horn)* § 60 núm. 8.

[11] *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 60 núms. 8, 43; acertadamente crítico, *Maiwald*, ZStW 83 (1971) págs. 684 ss.; *el mismo*, JZ 1974, pág. 775; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 66 núm. 14.

[12] *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 60 núm. 5; *Müller-Dietz*, Lange-Festschrift pág. 320.

[13] *Eser*, Maurach-Festschrift pág. 260.

[14] *Maiwald*, ZStW 83 (1971) pág. 670, critica por ello incorrectamente el hecho de que la disposición "ha prescindido completamente" de la culpabilidad como base del castigo. Por su parte, *Bassakou*, Beiträge pág. 208, acude sólo al efecto de aprendizaje de naturaleza preventivo-especial.

[15] *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 60 núm. 36; *SK (Horn)* § 60 núm. 12; vid. *supra* § 79 I 5.

[16] *Dreher/Tröndle*, § 60 núm. 4; *SK (Horn)* § 60 núm. 12.

buenas razones *a favor* de la subsistencia de una necesidad de pena[17]. Ello no supone un cambio en la "carga de la prueba" sobre el acusado durante el proceso penal (BGH 27, 298 [301 ss.])[18].

4. Queda excluida siempre una renuncia a la pena si para el delito estuviera prevista una **pena de prisión de más de un año** (§ 60, inciso segundo)[19]. Así pues, antes de poder decidir acerca de la dispensa de la pena debe ser fijado un marco punitivo hipotético[20]. Además, las consecuencias que del delito se derivan para el autor ya han de tenerse en cuenta con efectos atenuantes[21]; la prohibición de la doble valoración del § 50 (vid. *infra* § 83 VII) no interviene aquí (BGH 27, 298 [299 ss.])[22].

5. A la vista de la circunstancia de que el § 60 afecta con frecuencia a casos en los que el autor ha realizado un injusto grave, resulta de gran importancia la declaración formal de culpabilidad: ésta hace evidente la importancia del hecho mientras que la consecuencia jurídica (la dispensa de la pena) descansa sobre el contrapeso que suponen las especiales consecuencias del delito. Por este motivo es difícilmente comprensible que el § 153b StPO prevea la posibilidad de **archivar** ya el proceso en la fase de instrucción **sin procesamiento** alguno cuando concurren los requisitos del § 60[23]. Incluso la posibilidad de dictar la dispensa de la pena por el procedimiento escrito de la orden penal (§ 407 II núm. 3 StPO) sólo debería ser apropiada para supuestos de poca importancia objetiva.

II. La dispensa de la pena en la conciliación entre autor y víctima

1. A través de la Ley para la Lucha contra el Delito de 28.10.1994 (BGBl. I pág. 3186) se creó la posibilidad de dispensar de la pena o de atenuarla conforme

---

[17] De modo similar *Lackner*, § 60 núm. 3; *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 60 núm. 40; *Streng*, Sanktionen pág. 207. Malinterpretando el requisito del "carácter manifiesto" del § 60 como una remisión a la discrecionalidad del tribunal, OLG Köln NJW 1971, pág. 2036; OLG Karlsruhe NJW 1974, pág. 1006.

[18] Igualmente, *Lackner*, § 60 núm. 3; equívoco *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 60 núm. 42.

[19] La fijación del límite de un año es arbitrario; *Hassemer*, Sarstedt-Festschrift págs. 68, 79 (quien propone su ampliación a dos años); *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 60 núm. 12.

[20] Sin embargo, el tribunal no necesita suministrar esa pena hipotética de forma precisa; *Schönke/Schröder/Stree*, § 60 núm. 10.

[21] *Dreher/Tröndle*, § 60 núm. 2; *Lackner*, § 60 núm. 4; *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 60 núm. 14; *SK (Horn)* § 60 núm. 3; de otra opinión, *Streng*, Sanktionen pág. 208.

[22] *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 60 núm. 15; *Schönke/Schröder/Stree*, § 60 núm. 10.

[23] Crítico también *LK (11.ª)(G. Hirsch)* § 60 núm. 49; *Maiwald*, ZStW 83 (1971) págs. 694 ss.; *Schöch*, Gutachten C zum 59. DJT págs. C 88 ss.

al § 49 I, cuando el autor se esfuerza en reconciliarse con la con la víctima, cuando ha **reparado** la mayoría o la totalidad del perjuicio causado o, al menos, ha pretendido esto último seriamente (§ 46a núm. 1). Asimismo, puede dispensarse de la pena o ésta ser atenuada 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).

2. Con esta regulación el legislador ha acogido la demanda muchas veces planteada de que también en Derecho penal se suministren al autor fuertes estímulos para reparar las consecuencias derivadas de su hecho[24]. En el pasado se habían *separado rigurosamente* las consecuencias penales y civiles del delito: el castigo y la obligación de compensar los daños de acuerdo con los §§ 823 ss. BGB discurrían una junto a la otra sin influenciarse recíprocamente[25]. Sin embargo, se ha ido imponiendo cada vez más la idea de que esa estricta separación no es adecuada. Y ello debido a que, por una parte, también la obligación del autor a reparar el daño causado contiene un elemento punitivo; y, de otra, porque la *reparación*, cuando no se efectúa forzadamente, puede cumplir tanto con *los fines preventivo-generales como especiales de la pena* (vid. *infra* § 83 IV 3a)[26]: a través de la prestación compensatoria el autor documenta su retorno a las bases del Ordenamiento jurídico. Además, a través de la combinación de la pena y la reparación se mejoran las expectativas de la víctima a una indemnización adecuada sin necesidad de tener que acudir a un costoso proceso civil[27]. De ahí que poco a poco fueran creándose distintas posibilidades destinadas a imponer al autor la reparación del daño en le proceso penal (vid., por ejemplo, §§ 56b II núm. 1, 57 III, 59a II StGB, § 153 a I 1 núm. 1 StPO, §§ 10 I núm. 7, 15 I núm. 1 JGG). En la prosecución de estas aportaciones muchos autores

[24] Fundamental en esta materia *Bundesministerium der Justiz* (ed.), Schadenswiedergutmachung im Kriminalrecht, 1988; *el mismo* (ed.), Verbrechensbekämpfungsgesetz, 1994; *Frehsee,* Schadenswiedergutmachung págs. 375 ss.; *Rössner,* en: *Marks/Rössner,* Täter-Opfer-Ausgleich pág. 7; *Roxin,* en: *Schöch* (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht pág. 37; vid. también el tomo recopilatorio de *Eser/Kaiser/Madlener* (edrs.), Neue Wege, 1990.

[25] No obstante, de acuerdo con la concepción sostenida por la Sala de lo Civil del BGH, la indemnización por el daño personal (§ 847 BGB) también debe cumplir una función satisfactoria (BGHZ GS 18, 149); sin embargo, aquélla no se liquida a través de la sanción penal que se impone al autor (BGH NJW 1995, 781 [782]).

[26] Vid. AE-WGM págs. 21-27; *Frehsee,* Schadenswiedergutmachung págs. 87 ss.; *Roxin,* en: *Schöch* (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht pág. 421.; *el mismo,* Baumann-Festschrift págs. 246-249; *Schöch,* Gutachten C zum 59. DJT págs. C 63 ss.; *Sessar,* Leferenz-Festschrift págs. 147 ss.; *el mismo,* H. Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 387-391; *Weigend,* Deliktsopfer págs. 532-540.

[27] Ciertamente, de acuerdo con los §§ 403-406c StPO, existe la posibilidad de que el ofendido haga valer en el proceso penal sus pretensiones indemnizatorias frente al autor, pero el así denominado proceso de adhesión apenas se usa en la praxis. Acerca de su problemática vid. *Weigend,* en: *Will* (ed.), Schadensersatz im Strafverfahren págs. 11 ss.

calificaron a la reparación, junto a las penas y las medidas de seguridad, como la "tercera vía" del Derecho criminal; propusieron dejar que en una cierta extensión la reparación del daño entrara en lugar de la pena[28]. Con este objetivo, en el año 1992 se presentó un Proyecto de Ley redactado con una formulación concreta procedente del denominado círculo alternativo de profesores alemanes de Derecho penal[29].

Hoy es ampliamente reconocido el hecho de que una reparación voluntaria de las consecuencias del delito por parte de su autor, puede cumplir en parte los fines de la pena y, simultáneamente, procurar a la víctima ventajas tangibles. Sin embargo, los puntos críticos de la sustitución de la sanción por la reparación vienen determinados por los fines de la pena que representan la *compensación de la culpabilidad* y la *intimidación*. Hasta cierto punto la limitación de la reacción estatal a la exigencia de una reparación del daño es considerada a menudo insuficiente: en la medida en que en lugar de la pena sólo entra en juego la reparación del daño, cualquiera puede sentirse animado a la comisión de delitos pues su único riesgo consiste en tener que devolver la ventaja ilícitamente conseguida para el caso en el que el autor sea descubierto[30]. A esta objeción sólo se le puede aducir que el concepto de reparación también trae consigo elementos punitivos, esto es, que al autor no sólo se le exige la simple indemnización del daño material sino también, más allá, prestaciones compensatorias para el "daño delictivo ideal"[31]. Dado que, por regla general, el autor debe aportar más de lo que supone el daño material, también tiene lugar entonces un efecto intimidatorio. De esta forma no puede discutirse que en una comprensión como la expuesta se mezclan los elementos de la pena y la reparación.

3. En el § 46a se refleja la fuerte discusión habida desde los años ochenta acerca del valor atribuible a la reparación[32]; no obstante, el legislador más que ejecutar lo que ha hecho ha sido insinuar sus intenciones.

---

[28] Vid. sobre todo *Roxin,* en: *Schöch* (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht págs. 42 ss.; *el mismo,* Lerche-Festschrift págs. 301 ss.; *el mismo,* Allg. Teil I § 3 núms. 63-65; igualmente, *Baumann,* Stree-Wessels-Festschrift págs. 41-43; *Rössner,* en: *Marks/Rössner,* Täter-Opfer-Ausgleich págs. 35-37.

[29] Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM). Críticos con él *Lampe,* GA 1993, pág. 485; *Loos,* ZRP 1993, pág. 51; vid. también *Dölling,* JZ 1992, págs. 497-499; *Hirsch,* ZStW 102 (1990) págs. 540 ss.; vid., además, *supra* § 1 II 4.

[30] *Hirsch,* ZStW 102 (1990) págs. 545 ss.; *Lampe,* GA 1993, págs. 491 ss.; *Loos,* ZRP 1993, págs. 53 ss.

[31] En correspondencia con ello, el AE-WGM comprende la reparación como una prestación constructiva aportada por el autor que "da lugar a una situación en la que el ofendido y la comunidad jurídica pueden tranquilizarse «razonablemente»"; AE-WGM pág. 38, vid. también págs. 51 ss.

[32] Tal controversia también ha conducido en *Austria* a la introducción de una disposición sobre la reparación del daño. De forma diversa a como sucede en Derecho alemán, allí (§ 42 österr. StGB) el serio esfuerzo del sujeto destinado a compensar (que también se consiga realmente) las

a) En el § 46a núm. 1, se alude al caso en el que el sujeto se somete a un **procedimiento de conciliación autor-víctima** que tiene por objetivo un entendimiento personal (en el caso ideal: una reconciliación) entre aquél y ésta a través de un diálogo común, así como alcanzar un acuerdo acerca de las prestaciones reparadoras[33]. Tales procedimientos, que la mayoría de las veces tienen lugar bajo la dirección de un pedagogo o de un trabajador social, se ofertan de un modo creciente en Alemania pero no se organizan ni mucho menos en todos los partidos judiciales[34]. La prioridad esencial del procedimiento de conciliación personal entre el autor y la víctima consiste en que el autor se enfrente de una forma directa a la perspectiva de la víctima. De ello se espera un efecto curativo de carácter preventivo-especial, pues a menudo el sujeto percibe aquí a la víctima como persona y se da cuenta del alcance de las consecuencias de su hecho[35]. Sin embargo, de acuerdo con el tenor literal de la norma, para la posibilidad de la atenuación o de la dispensa de la pena es suficiente con que el autor *se declare dispuesto* a participar en un procedimiento de esta naturaleza; incluso, la prestación reparadora sólo debe ser "pretendida seriamente" y no se requiere que se lleve a cabo realmente[36].

b) El § 46 núm. 2 no presupone un entendimiento personal con el ofendido sino, simplemente, su **compensación** material por el autor. Con la intención de evitar una "compra gratuita" de la pena por los delincuentes patrimoniales, la Ley exige aquí no obstante el requisito adicional de que la reparación esté anudada a "*prestaciones personalísimas*" (probablemente se ha pensado sobre todo

consecuencias del hecho conduce necesariamente, bajo determinados requisitos, a la impunidad, esto es, a la absolución del autor. En *Suiza* el art. 55 del Anteproyecto de Código penal prevé la dispensa de la pena "si el autor ha cubierto todos los daños o ha emprendido todos los esfuerzos exigibles para compensar el injusto por él ocasionado y, de este modo, se reduce el interés público en la persecución penal"; vid. también al respecto, AE-WGM págs. 114-116.

[33] El hecho de que se exija la participación en un procedimiento "organizado" de conciliación autor-víctima no se deriva del texto del § 46a núm. 1, pero sí de los motivos suministrados por el legislador, BT-Drucks. 12/6835 págs. 21 ss.

[34] Un resumen acerca de los proyectos existentes puede verse en *Schreckling*, Bestansaufnahmen págs. 128 ss.; vid. también *Marks* y otros, Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis, 1993.

[35] Vid. al respecto *Messmer*, en: *Bundesministerium der Justiz* (ed.), Täter-Opfer-Ausgleich págs. 123 ss.

[36] Por otra parte, el concepto de reparación naturalísticamente concebido conduce a entender que el autor que no ha "logrado" reparar los daños causados queda excluido de los beneficios del § 46a. Este problema del tratamiento desigual de los delitos carentes de víctima debería ser superado a través de la posibilidad de una "reparación simbólica" prevista en el § 1 I 3 en conexión con el § 2 I 1 núms. 3-5 AE-WGM, así como en el Proyecto de un nuevo § 24a III, V, elaborado en el año 1993 por el Grupo Parlamentario del SPD (BT-Drucks. 12/6141 pág. 10).

en prestaciones adicionales de naturaleza laboral) del autor o que le supongan una "renuncia personal" (por ejemplo, a un viaje de vacaciones proyectado realmente)[37]. Con esta condición se pone de manifiesto la idea del legislador de que la reparación exige una víctima tangible y que, en cierta medida, debe surtir efecto como si de una pena se tratara. La regulación conduce, no obstante, a que permanezca cerrado el acceso a los beneficios del § 46a para aquellos autores que pueden prestar sin más el pago indemnizatorio del daño ("privilegio de pobres"), a no ser que encuentren la posibilidad de tomar parte en un procedimiento de conciliación autor-víctima (§ 46a núm. 1)[38].

c) La dispensa de la pena o la reducción del marco punitivo de acuerdo con el § 49 I quedan a discrecionalidad del tribunal. La primera sólo se plantea si el delito cometido se castiga con una pena de prisión no superior al año o con una pena de multa que no sobrepase las trescientas sesenta cuotas. Dado que sólo en una pequeña parte de los delitos enjuiciados realmente se imponen penas altas[39], en la mayoría de las ocasiones el espacio de juego en los casos de reparación alcanza desde la pena máxima del marco punitivo normal hasta la renuncia a cualquier sanción. Asimismo, en los casos en los que se plantea la aplicación del § 46a, la Fiscalía puede archivar el proceso en virtud del § 153b StPO con la consecuencia de que en absoluto tiene lugar una declaración judicial[40]. Un espectro tan amplio de posibilidades de reacción para el caso de reparación (pretendida o conseguida) sólo es tolerable durante un periodo transitorio. Hay que confiar en que en la praxis se formen pronto los criterios para el tratamiento de la reparación que el legislador ha olvidado establecer.

III. La dispensa de la pena en caso de injusto o culpabilidad reducida

1. En numerosas disposiciones del StGB está prevista la declaración de culpabilidad bajo dispensa de la pena como posible contenido de la sentencia. Todas estas normas se refieren a casos en los que el **injusto** del delito y/o la **culpabilidad**

---

[37] Vid. BT-Drucks. 12/6853 pág. 22.

[38] Vid. *Dreher/Tröndle*, § 46a núm. 4; *König/Seitz*, NStZ 1995, pág. 2.

[39] En el año 1991 sólo un 4% de todos los condenados recibieron penas de prisión superiores a un año; *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Serie 3: Strafverfolgung 1991, 1993, págs. 46 ss.

[40] Crítico con razón en este aspecto *Hirsch*, ZStW 102 (1990) pág. 548. En el AE-WGM la posibilidad de archivo en virtud del § 153b StPO se limita a aquellos casos que no se encuentran conminados con una pena cuyo límite mínimo está elevado (vid. AE-WGM págs. 69 ss.).

del autor se encuentra fuertemente **reducida** a consecuencia de circunstancias especiales. De modo diverso a los supuestos de los §§ 60, 46a, tratados *supra* § 81 I, II, aquí no es la *necesidad* preventiva sino el *merecimiento* de pena del hecho el que se encuentra tan disminuido, que la sanción puede reducirse a la simple declaración de culpabilidad[41].

2. La dispensa de la pena descansa sobre **consideraciones de diversa índole**. En muchos casos el contenido de injusto del hecho queda reducido a una simple bagatela (por ejemplo, §§ 23 III, 139 I, 174 IV); en otros, el motivo para la indulgencia reside sólo en la culpabilidad disminuida del autor (verbigracia, §§ 86 IV, 113 IV, 157 I, II); en otros, finalmente, son el injusto *y* la culpabilidad las que deben aparecer atenuadas (§§ 84 IV, 129 V). Con frecuencia se encuentran también disposiciones en las que se acepta la posibilidad de dispensa de la pena porque el autor, tras la consumación del delito, ha evitado el acaecimiento de daños (adicionales) ("*arrepentimiento activo*"; vid., por ejemplo, §§ 83a, 84 V, 98 II 1, 129 VI, 311e II[42], 315 VI[43], 316a II[44])[45].

En otras hipótesis que son completamente idénticas a la renuncia posterior al delito (por ejemplo, §§ 24, 31, 98 II 2, 139 IV, 310[46]) el legislador da un paso más y señala la *impunidad* del autor de modo que —a diferencia de la simple dispensa de pena— también se le absuelve en el pago de las costas. Dado que en relación a los requisitos son muy pequeñas las diferencias materiales existentes entre ambos grupos de casos, debería allanarse de *lege ferenda* la distinción en sus consecuencias jurídicas[47].

3. Un supuesto especial de dispensa de la pena es la **declaración de impunidad** o **compensación** (§§ 199, 233[48]). Ésta es posible (a discrecionalidad del tribunal) cuando varios contendientes se han causado recíprocamente lesiones

---

[41] Vid. *Krümpelmann*, Bagatelldelikte pág. 196; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 54 antes del § 38; *von Weber*, MDR 1956, pág. 705.

[42] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 314a II (N del T).

[43] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 320 II (N del T).

[44] Esta remisión carece ya de correspondencia con el Derecho vigente; cfr. los actuales §§ 316a II, 320 (N del T).

[45] Una panorámica general acerca de los grupos de casos puede verse en *Zickendraht-Wendelstadt*, Straffreierklärung págs. 166 ss.

[46] Véase el vigente § 306e II (N del T).

[47] Igualmente, *Maiwald*, ZStW 83 (1971) pág. 668; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 54 antes del § 38; *Schröder*, H. Mayer-Festschrift págs. 389 ss.

[48] El parágrafo § 233 se encuentra actualmente derogado (N del T).

básicas (§§ 223, 230[49]) y/o se profieren injurias (§§ 185-189)[50]. La dispensa de la pena parece descansar aquí sobre la idea de la "compensación recíproca". Ésta, sin embargo, no es trasladable sin más del Derecho privado al Derecho penal, pues éste último ha de estar al servicio de los intereses *públicos* que representan la preservación de la paz y la protección de bienes jurídicos[51]. En realidad, en torno a la fundamentación de la declaración de impunidad hay que distinguir entre el primer y el segundo autor[52]. Ciertamente, en el autor que interviene *primero* el injusto y la culpabilidad de la injuria o de las lesiones corporales[53] no se encuentra reducido, pero a menudo no se necesita ya una pena para la prevención de delitos adicionales porque el contraataque del agredido ya ha actuado como una "pena natural". Ésta concurre aquí de forma parecida a como lo hace en el § 60 (vid. *supra* § 81 I). En el autor que interviene en *segundo* lugar el injusto del hecho está ya disminuido por la presencia de una situación similar a la legítima defensa (vid. BGH 10, 373 [374])[54]. A ello se añade con frecuencia una disminución de culpabilidad a causa del estado de excitación en el que se encontraba el autor por la agresión precedente. Dado, además, que el segundo autor ya ha padecido una lesión de su bien jurídico con la primera ofensa, a menudo resulta pues prescindible su castigo[55].

4. Los supuestos en los que es posible una dispensa de la pena de acuerdo con las disposiciones de la Parte especial residen por completo en el ámbito del *injusto de bagatela.* Cuando el supuesto de hecho aparece así de una forma manifiesta, entonces a menudo pierde ya importancia la completa ejecución de un proceso penal. De ahí que para *estos* casos (vid., sin embargo, *supra* § 81 I 5) sea razonable que el § 153b StPO permita la

---

[49] Téngase en cuenta que, a causa de la derogación del § 233 (vid. la nota anterior) esta figura ya no es aplicable a las lesiones (N del T).

[50] Es discutida la aplicabilidad de los §§ 199, 233, al caso de la difamación de personas fallecidas; debe ser no obstante afirmada pues puede que uno de los familiares del finado responda al insulto; igualmente, *LK (10.ª)(Hirsch)* § 233 núm. 7; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 199 núm. 2.

[51] Vid. *Küper,* JZ 1968, pág. 655.

[52] Así lo hace la doctrina mayoritaria; vid., por ejemplo, *Lackner/Kühl,* § 199 núm. 1; *LK (10.ª)(Hirsch)* § 233 núm. 2; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 199 núm. 1; *Zickendraht-Wendelstadt,* Straffreierklärung págs. 133 ss.; afirmaciones "monistas" pueden encontrarse, sin embargo, en *Kiehl,* Strafrechtliche Toleranz págs. 131 ss.; *Küster,* NJW 1958, pág. 1659.

[53] Véase *supra* la nota a pie núm. 49 (N del T).

[54] *Küper,* JZ 1968, págs. 655-658; *Lackner/Kühl,* § 199 núm. 1; *SK (Rudolphi)* § 199 núm. 1; *Schönke/Schröder/Lenckner,* § 199 núm. 1. Negando por el contrario la existencia de una "situación similar a la legítima defensa", *LK (11.ª)(Hirsch)* § 233 núm. 2.

[55] Acerca de los pormenores y, particularmente, sobre los problemas de error vid. los comentarios a los §§ 199, 233, así como la 4.ª ed. de esta obra págs. 774 ss.

posibilidad de **archivar el procedimiento sin procesamiento** alguno si el tribunal está conforme. Por lo demás, en las hipótesis en las que concurre un escaso merecimiento o necesidad de pena se plantea también (otro) un archivo discrecional del proceso penal (§§ 153, 153a StPO; vid. *supra* § 8 VI 1).

Capítulo 4: La individualización de la pena

§ 82 Fundamentos de la individualización de la pena

H.-J. Albrecht, Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen, 1980; *el mismo,* Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994; *P.-A. Albrecht,* Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen, ZStW 97 (1985) pág. 831; *el mismo,* Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, pág. 182; *Allen,* The Decline of the Rehabilitative Ideal, 1981; *Alschuler,* The Failure of Sentencing Guidelines, University of Chicago Law Review 58 (1991) pág. 901; *Alternativkomrnentar* zum Strafvollzugsgesetz, 3.ª ed. 1990; *Ancel,* La défense sociale nouvelle, 3.ª ed. 1981; *Ashworth,* Sentencing and Criminal Justice, 1992; *el mismo,* Reform des englischen Strafzumessungsrechts, ZStW 106 (1994) pág. 605; *Bergmann,* Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988; *Bock,* Kriminologie und Spezialprävention, ZStW 102 (1990) pág. 504; *el mismo,* Ideen und Chimären im Strafrecht, ZStW 103 (1991) pág. 636; *Bruns,* Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil, 1.ª ed. 1967; *el mismo,* "Stellenwerttheorie" oder "Doppelspurige Strafhöhenbemessung", Festschrift für E. Dreher, 1977, pág. 251; *el mismo,* Das Recht der Strafzumessung, 2. ed. 1985; *el mismo,* Gesetzesänderung durch Richterspruch? Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 49; *el mismo,* Neues Strafzumessungsrecht? 1988; *el mismo,* Die Bedeutung des Durchschnlttts-, des Regel-und des Normalfalls im Strafzumessungsrecht, JZ 1988, pág. 1053; *Burgstaller,* Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in Österreich, ZStW 94 (1982) pág. 127; *el mismo,* Regionale Unterschiede in der Strafzumessung in Österreich, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung, 1989, pág. 1; *Dölling,* Generalprävention durch Strafrecht, ZStW 102 (1990) pág. 1; *Dreher,* Über die gerechte Strafe, 1947; *el mismo,* Zur Spielraumtheorie usw., JZ 1967, pág. 41; *el mismo,* Über Strafrahmen, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 141; *Dubs,* Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung, Festgabe zum Schweiz. Juristentag, 1963, pág. 9; *el mismo,* Grundprobleme des Strafzumessungsrechts in der Schweiz, ZStW 94 (1982) pág. 161; *Eisenberg,* Kriminologie, 3.ª ed. 1990; *Exner,* Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931; *Figueiredo Dias,* Direito penal português, Parte geral II, 1993; *Foth,* Bemerkungen zur Generalprävention, NStZ 1990, pág. 219; *Frase,* Sentencing Reform in Minnesota, Minnesota Law Review 75 (1991) pág. 727; *el mismo,* The Uncertain Future of Sentencing Guidelines, Law and Inequality 12 (1993) pág. 1; *Freed,* Federal Sentencing in the Wake of Guidelines, Yale Law Journal 101 (1992) pág. 1681; *Freund,* Der Zweckgedanke im Strafrecht? GA 1995, pág. 4; *Frisch,* Revisionsrechtliche Probleme

der Strafzumessung, 1971; *el mismo,* Ermessen, unbestimmter Begriff und "Beurteilungsspielraum" im Strafrecht, NJW 1973, pág. 1345; *el mismo,* Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987) pág. 349, 751; *el mismo,* Über die "Bewertungsrichtung" von Strafzumessungstatsachen, GA 1989, pág. 338; *el mismo,* Straftatsystem und Strafzumessung, en: *Wolter* (ed.), 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1993, pág. 1; *Frisch/Bergmann,* Zur Methode der Entscheidung über den Strafrahmen, JZ 1990, pág. 944; *Giehring,* Ungleichheiten in der Strafzumessungspraxis und die Strafzumessungslehre, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung, 1989, pág. 77; *Grasnick,* Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987; *el mismo,* Anmerkung zu BayObLG vom 29.11.1990, JZ 1992, pág. 260; *Günther,* Lebenslang für "heimtückischen Mord"? NJW 1982, pág. 353; *el mismo,* Systematische Grundlagen der Strafzumessung, JZ 1989, pág. 1025; *Hagedorn,* Die richterliche Individualisierung der Strafe in Frankreich, Diss. Freiburg 1980; *Hassemer,* Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung, ZStW 90 (1978) pág. 64; *el mismo,* Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, pág. 378; *Hart,* Punishment and Responsibility, 1968; *Hart-Hönig,* Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992; *Heinitz,* Strafzumessung und Persönlichkeit, ZStW 63 (1951) pág. 57; *Henkel,* Die "richtige" Strafe, 1969; *Hettinger,* Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1982; *el mismo,* Anmerkung zu BGH vom 29.10.1986, StV 1987, pág. 147; *el mismo,* Zum Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbots usw., GA 1993, pág. 1; *Heinz,* Strafzumessungspraxis im Spiegel der empirischen Strafzumessungsforschung, en: *Jehle* (ed.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, pág. 85; *Hirsch,* Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994) pág. 746; *von Hirsch,* Gegenwärtige Tendenzen in der amerikanischen Strafzumessungslehre, ZStW 94 (1982) pág. 1047; *el mismo,* Past or Future Crimes, 1985; *el mismo,* Proportionality in the Philosophy of Punishment, Criminal Law Forum 1 (1990) pág. 259; *el mismo,* Censure and Sanctions, 1993; *von Hirsch/Jareborg,* Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis, Oxford Journal of Legal Studies 11 (1991) pág. 1; *von Hirsch/Knapp/Tonry,* The Sentencing Commission and its Guidelines, 1987; *Horn,* Wider die "doppelspurige" Strafhöhenbemessung, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 241; *el mismo,* Zum Stellenwert der "Stellenwerttheorie", Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 165; *el mismo,* Strafschärfung und Strafmilderung usw., StV 1986, pág. 168; *Horstkotte,* Praktische Konsequenzen der Strafzumessungsforschung, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung, 1989, pág. 281; *el mismo,* Gleichmäßigkeit und Schuldangemessenheit der Strafzumessung, en: *Jehle* (ed.), Individualprävention und Strafzumessung, 1992, pág. 151; *Jareborg,* Zur Reform des schwedischen Strafzumessungsrechts, ZStW 106 (1994) pág. 140; *Jung,* Zur Problematik der Legitimation längeren Freiheitsentzuges, en: *Jung/Müller-Dietz* (edrs.), Langer Freiheitsentzug — wie lange noch? 1994, pág. 31; *Kaiser/Kerner/Schöch,* Strafvollzug, 4.ª ed. 1992; *Köhler,* Über den Zusammenhang zwischen Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; *Kunz,* Prävention und gerechte Zurechnung, ZStW 98 (1986) pág. 823; *Lackner,* § 13 StGB — eine Fehlleistung des Gesetzgebers? Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 117; *Maiwald,* Bestimmtheitsgebot

usw., Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 137; *el mismo,* Zur Problematik der "besonders schweren Fälle" im Strafrecht, NStZ 1984, pág. 433; *Meine,* Anmerkung zu BayObLG vom 21.3.1988, NStZ 1989, 353; *Moos,* Positive Generalprävention und Vergeltung, Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 283; *Montenbruck,* Strafrahmen und Strafzumessung, 1983; *el mismo,* Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle, NStZ 1987, pág. 311; *el mismo,* Abwägung und Umwertung, 1989; *Moxon,* Sentencing Practice in the Crown Court, 1992; *Müller-Dietz,* Integrationsprävention und Strafrecht, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 813; *el mismo,* Strafzumessung und Folgenorientierung, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 413; *Nagel,* Structuring Sentencing Discretion, Journal of Criminal Law and Criminology 80 (1990) pág. 883; *Naucke,* Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, KritV 1993, pág. 135; *Neumann,* Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 435; *Nowakowski,* Probleme der Strafzumessung, en: Strafrechtliche Probleme 2, 1974, pág. 167; *Opp/Peuckert,* Ideologie und Fakten in der Rechtsprechung, 1971; *Pallin,* Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht, 1982; *Pallin/Albrecht/Fehérváry,* Strafe und Strafzumessung bei schwerer Krlminalität in Österreich, 1989; *Pfeiffer/Savelsberg,* Regionale und altersgruppenbezogene Unterschiede der Strafzumessung, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung, 1989, pág. 17; *Plagemann,* Landesbericht U.p.A., en: *Jescheck* (edrs.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Tomo II, 1983, pág. 1611; *Prittwitz,* Funktlonalisierung des Strafrechts, StV 1991, pág. 435; *Roxin,* Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, Festgabe für H. Schultz, 1977, pág. 463; *el mismo,* Prävention und Strafzumessung, Festschrift für H.-J. Bruns, 1978, pág. 183; *el mismo,* Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 279; *el mismo,* Zur Problematik des Shuldstrafrechts, ZStW 96 (1984) pág. 641; *Rychlak,* Society's Moral Right to Punish, Tulane Law Review 65 (1990) pág. 299; *Savelsberg,* Sentencing Guidelines, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung, 1989, pág. 290; *Schaffstein,* Spielraum-Theorie usw., Festschrift für W. Gallas, 1973, pág. 99; *Schall/Schirrmacher,* Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung usw., Jura 1992, págs. 514, 624; *Schneidewin,* Anmerkung zu BGH vom 10. 11. 1954, JZ 1955, pág. 505; *Schöch,* Empirische Grundlagen der Generalprävention, Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1081; *Schünemann,* Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung, en: *Eser/Cornils* (edrs.), Neuere Tendenzen der Krimlnalpolitik, 1987, pág. 209; *Schumann/Berlitz/Guth/Kaulitzki,* Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention, 1987; *Spendel,* Zur Lehre vom Strafmaß, 1954; *Stratenwerth,* Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *Streng,* Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984; *el mismo,* Schuld ohne Freiheit, ZStW 101 (1989) pág. 273; *el mismo,* Die Strafzumessungsbegründung und ihre Orientierungspunkte, NStZ 1989, pág. 393; *el mismo,* Grundfälle zum Strafzumessungsrecht, JuS 1993, pág. 919; *Theune,* Grundsätze und Einzelfragen der Strafzumessung, StV 1985, pág. 162; *Timpe,* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *Tonry,* The Failure of the U.p. Sentencing Commission's Guidelines, Crime and Delinquency 39 (1993) pág. 131; *Walter,* Strafvollzug, 1991;

Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962; *von Weber*, Die richterliche Strafzumessung, 1956; *Weigend*, Richtlinien für die Strafzumessung, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, pág. 579; *Wessels*, Zur Problematik der Regelbeispiele usw., Festschrift für R. Maurach, 1972, pág. 295; *Wolfslast*, Anmerkung zu BGH vom 16.9.1981, NStZ 1982, pág. 112; *Würtenberger*, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 1970; *Zipf*, Die Strafmaßrevision, 1969; *el mismo*, Die Bedeutung der Grundlagenformel des § 32 I StGB, ÖJZ 1979, pág. 197; *el mismo*, Die Integrationsprävention (positive Generalprävention), Festschrift für F. Pallin, 1989, pág. 479.

I. Individualización de la pena y aplicación del Derecho

La individualización de la pena es la *fijación de las consecuencias jurídicas de un delito*. Comprende la elección de la sanción (por ejemplo, prisión, multa, prohibición de conducir, privación del permiso de conducir) y, en su caso, la resolución acerca de la suspensión condicional de una pena o medida de seguridad (§§ 56, 67b).

La mayoría de las veces para la individualización de la pena en el caso concreto la Ley deja al tribunal un amplio espacio de juego. Sólo en el asesinato (§ 211 I) y en el genocidio (§ 220a I núm. 1) está prescrita la cadena perpetua de forma vinculante[1]. Normalmente, las distintas normas penales contienen simplemente **marcos punitivos** (vid. *infra* § 82 II) que en no pocas ocasiones van desde la pena de multa hasta la de prisión de varios años. La Ley no señala en qué lugar ha de ser fijada la pena dentro del marco punitivo; en los §§ 46-55 hay sólo algunas pautas generales y reglas de aplicación para determinados casos concretos.

Desde hace tiempo se ha extraído de ello la conclusión de que la medición de la pena es una cuestión de la discrecionalidad judicial que también puede llevar consigo un "componente individual" del correspondiente órgano aplicador[2]. En la actualidad, sin embargo, existe un amplio consenso en entender que también la elección y la medición de la sanción en el caso concreto es una **decisión jurídicamente vinculada**[3]. Esto trae por consecuencia que el tribunal tiene que guiarse

[1] No obstante, según la BGH GS 30, pág. 105, en el asesinato debe ser posible una atenuación de la pena extralegal ante la existencia de circunstancias extraordinarias; críticamente al respecto, verbigracia, *Bruns*, Kleinknecht-Festschrift pág. 49; *Günther*, NJW 1982, pág. 353; *Schönke/Schröder/Eser*, § 211 núm. 10b.

[2] *Heinitz*, ZStW 63 (1951) pág. 57; *Henkel*, Die "richtige" Strafe págs. 34 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 7; *von Weber*, Strafzumessung pág. 13; *Würtenberger*, Kriminalpolitik p. 175 ("un acto creativo de configuración social"); vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 780.

[3] Fundamental al respecto, *Bruns*, Strafzumessungsrecht págs. 16-24; *el mismo*, Strafzumes-

a través de las reglas generales (§ 46) y especiales (por ejemplo, § 47) de la Ley y que la legalidad de su sentencia, cuando sea instado el recurso correspondiente, será revisada en este punto. En los últimos tiempos los tribunales competentes para la casación de sentencias han elevado sus exigencias y, particularmente, las que se refieren a la *motivación* razonable de las decisiones en torno a la determinación de la pena[4]. Sin embargo, no puede olvidarse que, en todo caso, sobre la base las indicaciones relativamente indeterminadas y a veces contradictorias de la Ley, al tribunal de instancia le queda en la realidad jurídica un considerable espacio de juego dentro del cual es "defendible" su fijación de la sanción y, por ello —ante la correspondiente motivación—, no pude ser controlado eficazmente por vía de recurso.

En las últimas décadas, la **Ciencia** ha prestado una atención cada vez más intensa a las cuestiones de la individualización de la pena, de modo que hoy ya no puede hablarse de un abandono de este ámbito jurídico[5]. Ante todo, se ha esforzado en su *sistematización*[6] consiguiendo así modelos excesivamente diferenciados del proceso de individualización de la pena que en parte son demasiado complicados para la praxis[7].

II. Individualización de la pena y marco punitivo legal

1. Una primera orientación vinculante para la fijación de la sanción la proporciona el **marco punitivo** del tipo penal realizado por el autor. Sin embargo, por regla general, éste permite todavía una amplia evaluación del contenido de injusto del hecho pues el legislador, en su esfuerzo por posibilitar también un castigo adecuado en las formas de comisión del delito de mucha o escasa gravedad, ha establecido marcos punitivos sumamente amplios[8].

En muchos casos el legislador sólo determina el marco punitivo a través de la fijación de una *pena máxima* (por ejemplo, §§ 242, 263); en estos supuestos el tribunal puede bajar hasta el mínimo de la clase de pena mencionada por el tipo

---

sung págs. 1 ss., 23-30; vid., además, *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme pág. 146; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 62 núms. 9-13; *Warda*, Dogmatische Grundlagen págs. 119, 173 ss.; *Zipf*, Strafmaßrevision págs. 161 ss.

[4] *Streng*, JuS 1993, pág. 920, habla de una "normativización constante" del proceso de individualización de la pena.

[5] *Frisch*, ZStW 99 (1987) pág. 349.

[6] Así, sobre todo, *Bruns*, Strafzumessungsrecht; *el mismo*, Recht der Strafzumessung; *Spendel*, Strafmaß; Vid. también la 4.ª ed. de esta obra págs. 782-784.

[7] Vid., por ejemplo, el modelo escalonado en ocho partes del proceso de individualización de la pena recogido por *Günther*, JZ 1989, pág. 1026.

[8] Profundizando acerca de la importancia de los marcos punitivos para la individualización de la pena, *Montenbruck*, Strafrahmen und Strafzumessung, 1983.

(en el § 242, verbigracia, hasta una pena de multa de cinco cuotas; vid. § 40 I 2). En otros tipos penales la Ley establece sólo una *pena mínima* (por ejemplo, § 212 I, 249 I)[9]; aquí la pena puede alcanzar el límite legal máximo permitido (en el § 249 I, verbigracia, prisión de hasta quince años; vid. § 38 II). De vez en cuando, incluso, se señala tanto un límite superior como otro inferior (por ejemplo, §§ 223b[10], 229[11]). Sin embargo, esto último es más bien una excepción. Tampoco es infrecuente, por último, que la Ley contenga "marcos" en los que deja las manos libres al tribunal para la fijación de la pena.

Ejemplos: En la falsificación de documentos (§ 267) el tribunal puede imponer una pena de multa de 10 DM (§ 267 en conexión con el § 40 I 2, II 3) pero también una pena de prisión de 15 años (§ 267 III[12] en conexión con el § 38 II). La misma clase de marco punitivo rige para la extorsión (§ 253). En el homicidio puede imponerse una pena de prisión de 6 meses a 15 años o cadena perpetua (§§ 212, 213[13])[14].

Dado que el principio de determinación (art. 103 II GG, § 1) también rige para las consecuencias jurídicas del delito (BVerfGE 45, 363 [371]), unos marcos punitivos tan amplios también han suscitado objeciones de tipo constitucional[15]. Ante la comprobación del hecho de que la praxis no agota hacia arriba los marcos punitivos existentes[16], muchos de ellos pueden ser reducidos disminuyendo las actuales penas máximas[17].

2. En algunos tipos penales el legislador ha intentado estructurar el marco punitivo de tal forma que ha fijado marcos separados para casos (que no se

---

[9] Crítico con las conminaciones penales que sólo poseen un límite mínimo, *Hassemer*, Einführung págs. 192-194.

[10] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 225 (N del T).

[11] El envenenamiento, anteriormente regulado en el § 229, ya ha desaparecido como figura delictiva autónoma. Dicho precepto se refiere en la actualidad a las lesiones imprudentes y sólo prevé (sin fijación del límite mínimo) una pena máxima de tres años de prisión o multa (N del T).

[12] El vigente § 267 III prevé una pena de prisión con límite mínimo y máximo: prisión de 6 meses a 10 años (N del T).

[13] El vigente § 213 contiene una pena de prisión cuyo límite mínimo es ahora de 1 años y no de 6 meses (N del T).

[14] Vid. al respecto BVerfG JR 1979, pág. 28, con comentario crítico de *Bruns*.

[15] Vid. en este punto *Baumann/Weber*, Allg. Teil págs. 627 ss.; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 1 núms. 62, 64; *SK (Rudolphi)* § 1 núms. 15 ss.

[16] Y así, por ejemplo, en el año 1991 a menos de un 0,5% de los autores que fueron condenados por falsificación de documentos o delitos similares (§§ 267-281) les fue impuesta una pena de prisión superior a tres años; fuente: *Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Serie 3: Strafverfolgung 1991, 1993, págs. 46 ss.

[17] De acuerdo *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung págs. 326 ss.; *Hart-Hönig*, Strafzumessung págs. 144 ss.; *Horstkotte*, en: *Jehle* (ed.), Individualprävention pág. 151.

describen más detalladamente) **"especialmente graves"** (por ejemplo, §§ 212 II, 263 II) y **"menos graves"** (verbigracia, §§ 177 II[18], 249 II)[19]. En parte se acepta que en estos casos existe un "*marco punitivo global subdividido*" y que el tribunal, de acuerdo con una valoración comprensiva de todas las circunstancias relevantes para la individualización de la pena, debe determinar ésta dentro del marco que va desde el límite inferior del caso "menos grave" hasta el límite superior del caso "especialmente grave"[20]. Esta solución —poco complicada para la praxis— fracasa cuando en muchos tipos se solapan los marcos generales y singulares (por ejemplo, en el robo [§ 249]: marco general, prisión de 1 a 15 años; casos "menos graves", prisión de 6 meses a 5 años); a través de esta división de los marcos punitivos el legislador ha dejado claro que no pretendía crear marcos globales sino "*grupos valoratviamente*" *diferenciados* del delito correspondiente[21]. De ahí que la individualización de la pena en estos supuestos se realice en dos etapas: ante todo, el tribunal debe decidir si concurre un caso normal, uno especialmente grave o uno menos grave de los señalados por el tipo aplicable; sólo entonces se individualiza la pena dentro del marco punitivo así determinado (BGH NStZ 1983, pág. 407).

Discutida es también la cuestión de qué criterios han de ser utilizados para alcanzar la primera etapa (fijación del marco penal). Mientras que la jurisprudencia ya exige aquí una *valoración global* de todas las circunstancias relevantes para la individualización de la pena y, por ejemplo, tiene en cuenta las relaciones personales del autor y los efectos que la pena desplegará sobre sus posibilidades de resocialización (BGH 35, 148; BGH *Detter*, NStZ 1993, págs. 176, 473)[22], en cambio, para la elección del marco punitivo la mayor parte de la doctrina sólo trae a colación aquellas circunstancias que tienen que ver con la realización misma del tipo como, verbigracia, el escaso botín conseguido por el autor o la amenaza comedida que éste ha realizado[23]. Esta última visión posibilita una estructuración más clara del proceso de individualización de la pena y se corresponde

---

[18] Véase el vigente § 177 V (N del T).

[19] Instructivo acerca de los numerosos problemas vinculados a esta técnica legislativa, *Maiwald*, NStZ 1984, pág. 433; crítico también *Streng*, Sanktionen págs. 164 ss.

[20] *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 62 núms. 37-42.

[21] *Bergmann*, JZ 1990, págs. 953 ss.; *Frisch/Bergmann*, JZ 1990, págs. 951 ss.; *Montenbruck*, Strafrahmen págs. 97 ss.; *el mismo*, NStZ 1987, pág. 313; *SK (Horn)* § 46 núm. 58; *Timpe*, Strafmilderungen págs. 82 ss.

[22] Igualmente, *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 7; *LK (11.ª)(Gribbohm)* nota preliminar núms. 18 ss. antes del § 46; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 47 antes del § 38.

[23] *Frisch/Bergmann*, JZ 1990, págs. 953 ss.; *SK (Horn)* § 46 núm. 59a; *Montenbruck*, Strafrahmen págs. 95 ss.; acerca de la misma problemática en los §§ 23 II, 49 I, vid. también *Frisch*, Spendel-Festschrift pág. 381.

mejor con el modelo proyectado por el legislador[24]. Sin embargo, en la medida en que a menudo en algunos tipos con conminaciones que poseen un límite mínimo de la pena elevado (como, por ejemplo, §§ 249, 265) sólo es posible alcanzar una sanción adecuada a la culpabilidad con la aceptación de un caso "menos grave"[25], también puede aceptarse un desplazamiento *en beneficio* del autor sobre la base de circunstancias no referidas al autor (asimismo, BGH 26, 97).

3. El legislador fija de modo creciente puntos de vista concretos para la decisión entre el marco punitivo normal y el singular mediante la descripción de **ejemplos reglados** para la existencia de un caso "especialmente grave" (vid., verbigracia, §§ 113 II, 176 III[26], 243)[27]. Si se cumplen los requisitos de uno de los ejemplos el tribunal puede sin más deducir la pena del marco singular; pero también puede fundamentar su sentencia sobre la base del marco punitivo normal, en la medida en que otros factores de la individualización de la sanción hablen claramente en beneficio del autor (vid. BGH NJW 1987, pág. 2450; BayObLG JZ 1992, pág. 259 con comentario de *Grasnick*). Dudoso es, por el contrario, si el tribunal puede entonces aceptar un caso "especialmente grave" si no fue realizado *ninguno* de los ejemplos reglados. La opinión mayoritaria contesta afirmativamente a esta posibilidad (BGH 29, 319 [322])[28]; sin embargo, con ello se admiten conclusiones analógicas en perjuicio del autor[29] que no están permitidas en Derecho penal.

Ejemplo: Un caso "especialmente grave" del secuestro de niños (§ 235 II 2[30]) también puede ser aceptado si el autor no realiza el ejemplo reglado consistente en actuar por ánimo de lucro, pero sí ha actuado por otros motivos reprochables (BGH NJW

---

[24] La jurisprudencia también se ve forzada a valorar dos veces las mismas circunstancias, esto es, primero en la elección del marco punitivo y después en la medición de la pena; vid. al respecto *Bergmann*, Milderung págs. 21 ss.; *Hettinger*, Doppelverwertungsverbot págs. 190 ss.

25 Según la investigación empírica de H.-J. Albrecht, Strafzumessung pág. 292, en un 41% de los delitos enjuiciados de violación (§ 177), robo (§ 249) y robo agravado (§ 250), se aceptó la existencia de casos "menos graves".

[26] Véase el vigente § 177 II (N del T).

[27] Acerca de la problemática de esta técnica legislativa vid. *Maiwald*, Gallas-Festschrift pág. 151; *Wessels*, Maurach-Festschrift pág. 295.

[28] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 25; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 44c antes del § 38.

[29] *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 45, hablan aquí expresamente de un "efecto analógico" de los ejemplos reglados cuya introducción habría estado precisamente motivada por el empeño en desligarse de la atadura de la prohibición de la analogía en las circunstancias que agravan la pena. Sólo cuando el injusto del hecho queda tras el del ejemplo reglado debe ser indicada una "conclusión contraria" con la aplicación del marco punitivo normal (*Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 46).

[30] Actualmente este supuesto agravado no se articula a través de un ejemplo reglado; cfr. los vigentes §§ 235 IV núm. 2, 236 IV núm. 1 (N del T).

1990, pág. 1489). Según la opinión mayoritaria, también puede existir un caso especialmente grave de hurto (§ 243 I 2) si el autor sustrae de unos almacenes una prenda de ropa protegida con una etiqueta especial de seguridad, a pesar de que esta última no es considerada como "dispositivo de protección" en el sentido del § 243 I núm. 2 (vid. LG Stuttgart NJW 1985, pág. 2489).

4. Para la individualización de la pena el marco punitivo legal suministra una **escala de gravedad** dentro de la cual hay que clasificar cada caso concreto en función de sus especialidades (verbigracia, consecuencias del hecho, tipo de ejecución, motivación del autor) (OLG Stuttgart MDR 1961, pág. 343)[31]. De acuerdo con ello, la pena legal máxima permanece para las manifestaciones más graves del delito y la mínima queda reservada para los casos más leves. Sin embargo, dado que la mayoría de los casos se encuentran entre ambos extremos se plantea la cuestión del "*lugar de entrada*" en el (a menudo muy amplio) marco punitivo. Entre otras razones su determinación es de importancia porque sólo a partir de él pueden ser determinada la influencia de circunstancias agravantes y atenuantes; de ahí que ni teórica ni prácticamente se pueda renunciar a la fijación del punto de partida para las cuestiones vinculadas con la individualización de la pena (de otra opinión BGH GS 34, 345 [350 ss.]; 37, 153 [156]; el rechazo del concepto del "caso normativo ordinario" por el BGH debería ser aclarado sobre todo por la inquietud que en otro caso podría suponer el sobrecargar excesivamente a los tribunales de casación con el difícil control en la determinación de dicho punto de partida[32]).

Como una posible posición de salida se ha propuesto por una parte de la doctrina el *"valor medio" normativo*, esto es, escoger la mitad exacta del caso grave previsto para la realización del tipo[33]. Otros autores abogan (postura de la que hay distinguir el planteamiento de la BGH 27, 2) por el *caso empírico intermedio* como punto de partida[34]. Sin embargo, a la vista del inabarcable número de manifestaciones que un tipo penal puede aceptar, tales casos intermedios sólo

[31] Vid. al respecto *Dreher*, Gerechte Strafe págs. 61 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núms. 12-15; crítico *Streng*, Sanktionen págs. 187 ss.; *el mismo*, JuS 1993, págs. 922 ss.

[32] De acuerdo con la BGH 34, 345, *Bruns*, JZ 1988, pág. 1055; discrepa *Frisch*, GA 1989, pág. 338; *Schall/Schirrmacher*, Jura 1992, págs. 517 ss.

[33] *Neumann*, Spendel-Festschrift pág. 435; *Schall/Schirrmacher*, Jura 1992, pág. 628; de forma similar en el punto de partida, pero en el sentido del texto recurriendo a una "coparación paso a paso" mediante supuestos standard, *Frisch*, 140 Jahre GA págs. 30-36; *el mismo*, GA 1989, págs. 361-366.

[34] *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung págs. 106 ss., 112 ss.; *Horn*, StV 1986, pág. 168.

pueden ser postulados (de forma no verificable) pero no pueden ser averiguados con la necesaria fiabilidad[35].

De ahí que ante todo sólo podrá servir de ayuda la realización de una valoración aproximativa (caso leve, medianamente grave y grave) del caso concreto de la mano de elementos del injusto fácilmente comprobables (por ejemplo, la forma de comisión y las consecuencias del hecho), y orientarse para la clasificación del supuesto en cuestión a la praxis judicial del lugar. Y entonces, por la vía de un "ajuste preciso", tener en cuenta las especialidades del caso concreto (por ejemplo, una situación del autor similar al estado de necesidad o la especial vulnerabilidad de la víctima) para atenuar o agravar la pena[36]. Sin embargo, también hay que considerar que determinadas circunstancias que se corresponden criminológicamente con el "caso normal" del tipo en cuestión (la "*imagen habitual del hecho*"[37]) no pueden ser tenidas en cuenta de modo separado (vid. § 46 III)[38].

Ejemplo: La circunstancia de que la víctima de un robo a mano armada (§§ 249, 250) sufra un ligero schock es algo que se corresponde con el desarrollo regular de este delito y, por tanto, no se ha de considerar para agravar la pena; menos aún puede entenderse como causa de atenuación de la pena la *ausencia* de un shock por parte de la víctima (vid. también, sin embargo, la BGH 37, 153).

III. La igualdad en la individualización de la pena

1. A la vista del gran número de personas que son tratadas con reglas jurídicas imprecisas en la determinación de la pena, no puede sorprender que supuestos semejantes sean **castigados de forma diferente** en distinto tiempo y lugar. Distintas investigaciones empíricas antiguas[39] y recientes[40] han demostrado que en

---

[35] *Streng*, NStZ 1989, pág. 398 ("juego pseudoargumentativo con cartas ocultas").

[36] En este sentido ya *Dubs*, Festgabe zum Schweiz. Juristentag págs. 9 ss.; igualmente, *Streng*, NStZ 1989, págs. 398 ss.; *el mismo*, Sanktionen págs. 188-190, 215 ss.; vid. también *Grasnick*, JZ 1992, pág. 262.

[37] Acerca de este concepto vid. *Frisch*, GA 1989, págs. 361-366; críticamente, *Streng*, NStZ 1989, pág. 396.

[38] *Hettinger*, StV 1987, pág. 147; más bien escéptico *el mismo*, GA 1993, págs. 15-25; *Neumann*, Spendel-Festschrift pág. 448.

[39] La investigación "clásica" del problema procede de *Exner*, Studien, 1931.

[40] Vid. sobre todo *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung, 1994; *Opp/Peuckert*, Ideologie und Fakten, 1982; *Pfeiffer/Savelsberg*, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung pág. 17; *Streng*, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984; en relación con *Austria* vid. *Burgstaller*, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung pág. 7; *Pallin/Albrecht/Fehérváry*, Strafe und Strafzumessung, 1989. Referencias comprensivas de otras investigaciones extranjeras en *H.-J. Albrecht*, ibidem págs. 169 ss.

materia de individualización de la pena sufren fuertes desviaciones de carácter regional e individual. Y así, por ejemplo, en el periodo 1985/86, de los autores de un delito de hurto en un caso especialmente grave (§§ 242, 243) que poseían antecedentes penales, se beneficiaron de una suspensión condicional de la pena un 7,9% en el ámbito de jurisdicción del LG Hanau y un 56,1% en el (cercano) de LG Limburg[41]. Tales diferencias no sólo contradicen el sentimiento de justicia sino que también despiertan objeciones de naturaleza constitucional en relación con el mandato de igualdad del art. 3 I GG.

En la actualidad, las diferencias locales en la rigurosidad de la individualización de la pena son evaluadas de forma *menos crítica* que antes. En parte están relacionadas con el hecho de que los delitos correspondientes son cometidos con distinta frecuencia en las concretas circunscripciones judiciales[42], de modo que son consideraciones de carácter preventivo-general las que pueden justificar las desviaciones de la praxis en la determinación de la pena. En los demás casos las diferencias de criterios *judiciales* en esta materia se relativizan por el hecho de que los casos que por lo general llegan al tribunal para su decisión están sometidos a una preselección de la Fiscalía a través de decisiones diversas de tipo discrecional[43]. Finalmente, frente a la crítica de la desigual medición de la pena, se alega la vigencia de los valores representados por la independencia judicial y la individualización de la sanción en relación con la persona del autor[44]. También la jurisprudencia sólo acepta la existencia de vulneraciones del principio de igualdad en la determinación de la pena en tanto que el art. 3 I GG no vendría a garantizar ningún derecho a una misma sentencia ante casos diversos (BVerfGE 1, 332 [345 ss.]; BGH 28, 318 [324 ss.]; vid., también, no obstante, BGH JZ 1988, pág. 264, en relación con la individualización de la pena en la coautoría)[45].

2. En tanto que las desviaciones individuales o locales en la forma de sancionar no son el resultado de consideraciones racionales jurídicamente admisibles, son concebibles distintas vías a través de las cuales puede aspirarse a una mayor **unidad de la praxis en la individualización de la pena**. Imaginable es, ante todo, una reducción *legal* de las posibilidades de elección en el caso concreto. Ésta puede conseguirse a través del establecimiento de criterios más concretos de la individualización de la pena (vid. § 46 II), el estrechamiento del marco punitivo

---

[41] Referencias de *Pfeiffer/Savelsberg*, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung pág. 39.

[42] *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung págs. 383 ss.

[43] *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung pág. 11; *Pfeiffer/Savelsberg*, en: *Pfeiffer/Oswald* (eders.), Strafzumessung pág. 23.

[44] *Burgstaller*, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung págs. 12 ss.; *Hassemer*, ibidem págs. 298 ss.; profundizando den ello *Jung*, Sanktionensysteme págs. 193-204.

[45] Numerosas referencias adicionales en *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 42-45.

para determinados grupos de casos (vid., por ejemplo, § 27 II 2 en conexión con el § 49 I) y, por último, mediante la fijación de penas absolutas (vid. verbigracia, § 211 I)[46]. Asimismo, las diferencias que sean indefendibles en este ámbito también pueden ser combatidas por medio de un reforzamiento del control *judicial de casación* de sentencias (al respecto vid. *infra* § 82 V). Por último, existe la posibilidad de que para la individualización de la pena se entiendan entre sí las distintas instancias competentes. Esto puede llevarse a cabo informalmente a través del simple intercambio de información o, por ejemplo, a través de seminarios judiciales celebrados regularmente[47]. Pero también es imaginable la elaboración de *pautas* que evalúen y unifiquen la individualización de la pena que sea usual en la práctica o que sea considerada adecuada para supuestos que se dan con frecuencia[48]. Tales instrucciones serían también valiosas aunque no poseyeran un carácter vinculante[49] en la medida en que los criterios suministrados en ellas descansan sobre un posible y amplio consenso entre la práctica y la doctrina.

IV. La individualización y los fines de la pena

1. La **disposición** nuclear de la **individualización de la pena** prevista en el **§ 46** contiene dos tipos de reglamentaciones en orden a la medición de la sanción: en el apartado primero se remite a la toma en consideración de los *fines de la pena* y en el segundo lleva a cabo una enumeración de "*circunstancias*" que —en beneficio o perjuicio del autor— pueden ser de importancia. Ciertamente que con ello quedan todavía muchos aspectos abiertos para la individualización de la pena en el caso concreto[50]; sin embargo, el § 46 I contiene por lo menos un claro reconocimiento del legislador a favor de dos (entre muchos otros imaginables)

---

[46] Acerca de la problemática de las "fixed penalties" que, por ejemplo, están previstas en parte de los EE. UU., *Jung*, Santionensysteme págs. 209-213.

[47] Streng, Strafzumessung págs. 304-312; crítico con la orientación de la individualización de la pena a la práctica usual *Giehring*, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung págs. 88-90, 120; mostrando también sus reservas *Montenbruck*, Abwägung págs. 45 ss.

[48] Vid. al respecto *Savelsberg*, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung pág. 290; *Weigend*, Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln págs. 591 ss.

[49] A favor incluso de su anclaje legal *Weigend*, Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln pág. 601 nota a pie núm. 130; crítico incluso frente a criterios que no sean vinculantes *Horstkotte*, en: *Jehle* (ed.), Individualprävention págs. 178 ss.

[50] Críticos con la falta de claridad de la regulación legal, *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung pág. 25; *Stratenwerth*, Tatschuld und Strafzumessung, 1972; *Streng*, Strafzumessung págs. 22-24. No obstante, la elasticidad de la disposición también posee ventajas para la aplicación práctica; *Horstkotte*, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung pág. 284; *Lackner*, Gallas-Festschrift págs. 123 ss.

fines de la pena y también una declaración acerca de su importancia. Según el § 46 I la **"base"** para la individualización de la pena es la **culpabilidad** del autor; junto a ella (esto es, sin abandonarla) hay que tener en cuenta según el § 46 I 2 los efectos de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad, esto es, los intereses propios de su **resocialización**.

2. De la *fórmula básica* del § 46 I 1 puede deducirse que primordialmente la pena debe servir para la **compensación** del **injusto culpable** realizado por el autor; la medida de la pena debe corresponderse con la medida de la culpabilidad (BVerfGE 6, 389 [439]; 45, 187 [256-259]; BGH 20, 264 [266 ss.]). En el ámbito de la individualización de la pena ya no se trata de la justificación fundamental de la actividad punitiva del Estado; ésta no sólo se funda sobre el principio de retribución sino también sobre la consideración de la protección de bienes jurídicos a través de la prevención general (vid. *supra* § 1 II). Sin embargo, el deseo de contrarrestar la lesión de bienes jurídicos para de este modo asegurar la estabilidad del orden social sólo permite fundamentar la pena como institución; de ello no pueden derivarse criterios para el cálculo de la pena. Éstos se deducen más bien de la *esencia* de la misma. De acuerdo con una comprensión general la pena es un mal que logra una justicia compensatoria frente al autor[51]; esta función sólo puede conseguirla si se corresponde con la "culpabilidad", esto es, con el *quantum* del injusto realizado imputable al autor[52]. No puede probarse que una pena justa en el sentido indicado tiene en cuenta de forma óptima la aspiración a la prevención general, pero ello se presupone en múltiples ocasiones[53]. Incluso aunque en el caso concreto fuera de otro modo, un sistema en el que las penas se calcularan injustamente (con la finalidad, por ejemplo, de intimidar un modo especialmente intenso) contradiría tanto las expectativas de la comunidad jurídica que no sería apto para una estabilización del orden social *a largo plazo*.

Por ello hay que estar en contra de la extendida teoría que orienta esencialmente la individualización de la pena a fines preventivo-generales (definidos de modo diverso) y

---

[51] Sobre esta idea apoya sobre todo su sistema estrictamente orientado a la culpabilidad, *von Hirsch,* Past or Future Crimes págs. 29-60; *el mismo,* Censure págs. 9-14; von *Hirsch/Jareborg,* Strafmaß págs. 12-14; vid. también *H.-J. Albrecht,* Strafzumessung págs. 52-56; *Rychlak,* Tulane Law Review 65 (1990) pág. 299.

[52] La "culpabilidad" en el sentido del § 46 I 1 no es idéntica al concepto que de la misma se desarrolla como requisito de la punibilidad (vid. al respecto *supra* § 39). Profundizando acerca de la "culpabilidad en la determinación de la pena", *Frisch,* ZStW 99 (1987) págs. 380-888; *el mismo,* 140 Jahre GA págs. 13 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 63 núms. 1-11.

[53] Vid. *Freund,* GA 1995, pág. 8; *Kunz,* ZStW 98 (1986) págs. 831 ss.; *Müller-Dietz,* Jescheck-Festschrift Tomo II págs. 824-826; *Streng,* ZStW 101 (1989) pág. 283 con referencias adicionales; escéptico, *von Hirsch/Jareborg,* Strafmaß pág. 10.

que sólo comprende la medida de la culpabilidad como límite superior [54]. Esta concepción se enfrenta ante todo al problema apenas insuperable de que la medida de la pena en el caso concreto se fundamenta sobre las "necesidades" generales de "estabilización de la norma". Asimismo, tampoco permite explicar de modo concluyente por qué la idea de adecuación a la culpabilidad debe fijar las fronteras de una pena orientada a los fines[55]. Finalmente, despierta objeciones de carácter general la tendencia a configurar el Derecho penal sólo con miras a las consecuencias sociales deseadas, pues una funcionalización de esta naturaleza conlleva el peligro de que la justicia frente al individuo sea sacrificada por una ideología exagerada del interés común[56].

3. Sin embargo, es extraordinariamente difícil el **traslado de la medida de la culpabilidad** a la proporción de la pena tal y como exige el principio de compensación de la culpabilidad. Para ciertos "casos normales" se han formado en la praxis cuantías regladas de la pena (localmente diferenciadas) cuyo alcance no podría ser fundamentado racionalmente. En Alemania este problema apenas está tratado científicamente[57], mientras que en el extranjero ya existen aportaciones dirigidas al desarrollo de "valores de anclaje". En este punto se ha propuesto graduar la pena de acuerdo con la disminución de la "cualidad de vida" de la víctima a causa del delito[58].

---

[54] Vid., por ejemplo, *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 386-388; *Günther*, JZ 1989, pág. 1029; *Roxin*, Allg. Teil I § 3 núms. 36 ss.; *Schünemann*, en: *Eser/Cornils* (edrs.), Neuere Tendenzen pág. 209; vid. también *Giehring*, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung págs. 95-112 (quien de la orientación a las consecuencias extrae la conclusión de que la pena siempre debe situarse en el límite inferior del marco punitivo porque hasta el momento no se ha probado científicamente un efecto preventivo de penas *superiores*). Más bien en el sentido del texto camina la "reconstrucción funcional del principio de culpabilidad" en *Streng*, ZStW 101 (1989) págs. 292-296, así como la "prevención general positiva" en el sentido de *Hart-Hönig*, Strafzumessung págs. 98 ss.

[55] Vid. al respecto, *Hirsch*, ZStW 106 (1994) págs. 754-756; *Kunz*, ZStW 98 (1986) págs. 828 ss. Acertadamente afirma *Hassemer*, Einführung pág. 327, que la teoría orientada preventivamente debería "incorporar desde fuera a su teoría de la pena el mensaje de la retribución del hecho". Especialmente claro es esto en *Roxin*, Allg. Teil I § 3 núm. 46, donde el principio de culpabilidad es introducido como el mejor medio pragmático para la preservación de los "límites necesarios del Estado de Derecho" y "por la libertad del ciudadano" como "medio de limitación de la intervención".

[56] Con carácter general acerca de la "orientación a las consecuencias", *P.-A. Albrecht*, KritV 1988, pág. 182; *Hassemer*, ZRP 1992, pág. 378; *Naucke*, KritV 1993, pág. 135; *Prittwitz*, StV 1991, pág. 435; algunas reservas adicionales de carácter práctico en *Müller-Dietz*, Spendel-Festschrift págs. 427 ss.

[57] Vid., sin embargo, las atendibles aportaciones de *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 797-800; *Montenbruck*, Abwägung págs. 47-82.

[58] *von Hirsch*, Criminal Law Forum 1 (1990) págs. 282-288; *el mismo*, Censure págs. 30-35; *von Hirsch/Jareborg*, Oxford Journal of Legal Studies 11 (1991) pág. 1. Muy parecido es el enfoque de *Montenbruck*, Abwägung págs. 76-90 ("criterio de la amenaza sobre el individuo").

4. De acuerdo con el § 46 I 2 en el cálculo de la pena hay que tener en cuenta sus efectos sobre la vida futura del autor en la sociedad. Con ello se menciona el punto de vista de la **prevención especial** (vid. al respecto *supra* § 8 II 3b)[59]. Dado que en Derecho penal no trata de una mejora general de las condiciones de vida, con la alusión a los "efectos" de la pena sólo se hace referencia a la comisión futura de delitos. En esta medida la pena puede poseer tanto efectos *favorables* (por ejemplo, aseguramiento de la colectividad frente al autor mediante su reclusión, intimidación de éste ante delitos adicionales, formación y entrenamiento social en la cárcel)[60] como *desfavorables* (verbigracia, aprendizaje criminal en la cárcel, empeoramiento de las expectativas de trabajo y de integración social a través de la estigmatización, menoscabo de las relaciones familiares, perjuicios financieros). Hace todavía pocas décadas que se aceptaba con frecuencia que las penas de prisión podrían ser configuradas para favorecer la resocialización, de modo que prestaran un saldo positivo a la "corrección" del autor y a su reintegración social. A la vista de la realidad penitenciaria y de las graves consecuencias que el cumplimiento de una pena de prisión tiene para las expectativas del autor en relación con una vivienda adecuada, el trabajo y los contactos sociales, hoy se cosecha un gran escepticismo frente a las posibilidades resocializadoras de la pena de prisión[61]. Por ello, en el marco de la ponderación a realizar en virtud del § 46 I 2 se plantean las siguientes cuestiones: ¿pesa tanto la necesidad de compensación de la culpabilidad y/o aseguramiento de la colectividad frente al autor que deben ser asumidos los inevitables efectos perjudiciales de una pena de prisión? ¿Y cómo puede ser configurada una pena de prisión reconocida como necesaria de modo que sus consecuencias desocializadoras (incrementando con ello el peligro de reincidencia) sean lo más leves posibles[62]?

5. El § 46 I no contiene ninguna regulación expresa sobre la cuestión de cómo hay que medir la pena si la gravedad de la culpabilidad, por un lado, y la

---

[59] Vid. sobre ello *P.-A. Albrecht*, ZStW 97 (1985) pág. 831; *Bruns*, Strafzumessung págs. 94-97; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núms. 103-110.

[60] Acerca de la resocialización con objetivo de la prisión vid. *Schöch* en: *Kaiser/Kerner/Schöch*, Strafvollzug § 4 núms. 12-19; acerca de los humildes resultados de la investigación empírica en este terreno vid. *Bock*, ZStW 102 (1990) pág. 504; *Eisenberg*, Kriminologie § 42; *Kaiser*, Kriminologie § 37 núms. 67-75; *Walter*, Strafvollzug págs. 223-230.

[61] *AK StVollzG (Feest)* § 2 núms. 5-12; *Jung*, en: *Jung/Müller-Dietz* (edrs.), Langer Freiheitsentzug págs. 35 ss.; *Müller-Dietz*, Spendel-Festschrift pág. 415; *Streng*, Sanktionen págs. 169 ss.; *Walter*, Strafvollzug págs. 192-195.

[62] Al respecto vid. también el § 3 II StVollzG: "Hay que contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad").

consideración a las expectativas resocializadoras del autor, por otro, recomiendan penas diferenciadas (la denominada **antinomia de los fines de la pena**[63]).

Ejemplo: Bajo un régimen político de terror el sujeto ha cometido graves delitos, pero ha vivido desde hace muchos años en su comunidad como "soporte de la sociedad" sin ser nunca descubierto. Aquí el § 46 I 1 es indicio para una pena de prisión alta mientras que según el § 46 I 2 ésta podría ser inadecuada.

a) Existe una amplia unidad acerca de que el tribunal, aún con la buena intención de "corregir" duraderamente al autor, no puede imponer una pena que *exceda* de la medida de una individualización de la pena adecuada a la culpabilidad. Según ello la **culpabilidad** en el sentido del § 46 I 1 no es sólo fundamento sino también **límite superior** de la pena (BVerfGE 50, 5 [12]; 54, 100 [108]; BGH 20, 264 [266])[64].

b) Discutida es por el contrario la cuestión de si por motivos preventivo-especiales la medida de la pena puede *quedar por debajo* de aquella que se corresponde con la realización de un injusto culpable, esto es, si en el ejemplo antes citado del autor integrado socialmente el tribunal podría prescindir de la imposición de una pena de prisión ejecutable basándose en que la misma desenraizaría socialmente al sujeto (vid. *supra* § 4 I 3). Los defensores de la concepción según la cual la pena aspira esencialmente a objetivos preventivos y en la que la idea de culpabilidad sólo es reconocida como criterio limitador, sostienen consecuentemente que la pena también puede quedar por debajo del umbral que representa una sanción adecuada a la culpabilidad[65]. Frente a ello la jurisprudencia sostiene con razón (BGH 24, 132; 29, 319 [321]), al igual que una parte de la doctrina[66], que la **culpabilidad** en el sentido del § 46 I 1 también fija un **límite inferior** vinculante para la pena. Ciertamente, esto trae por consecuencia que en el caso concreto tam-

---

[63] Vid. sobre ello *Bruns*, Strafzumessung págs. 82 ss.; acertadamente acerca de la importancia práctica limitada de dicha antinomia *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 364-366.

[64] *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 366 ss.; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 13; *Schaffstein*, Gallas-Festschrift pág. 103; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núms. 13, 17 antes del § 38; *SK (Horn)* § 46 núm. 21; de otra opinión, *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 12 (pero sólo en la medida en que la pena permanezca como "adecuada compensación de la culpabilidad"); *Lackner*, § 46 núm. 27 (para quien en casos excepcionales es admisible una agravación de la pena por motivo preventivo-especiales).

[65] *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 367-369; *Günther*, JZ 1989, pág. 1029; *Roxin*, Schultz-Festgabe págs. 473 ss.; *el mismo*, ZStW 96 (1984) pág. 657; *Schönke/Schröder/Stree*, nota preliminar núm. 18a antes del § 38. El § 59 AE también descansa sobre este concepto.

[66] *Bruns*, Strafzumessung págs. 91 ss., 95 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 12; *LK (11.ª) (Gribbohm)* § 46 núm. 14; *Schaffstein*, Gallas-Festschrift págs. 105-107.

bién debe ser dictada una pena respecto a la que hay que suponer que desintegra socialmente y que, por tanto, eleva la probabilidad de reincidencia. Sin embargo, esto es un mal menor frente a la imposición de una pena que fuera gravemente inadecuada en proporción al injusto culpablemente realizado, pues una sanción de esta naturaleza estaría en contra del sentimiento de justicia y equivocaría con ello su finalidad social[67].

6. Existen diferentes concepciones en torno a la cuestión de cómo deben ser *coordinadas* en la individualización de la pena del caso concreto las instrucciones a veces contrapuestas que se derivan del § 46 I 1 (compensación de la culpabilidad) y § 46 I 2 (prevención individual). Realmente debe aceptarse que con la exacta observancia de todas las reglas jurídicas y materiales la importancia de cada hecho ha de corresponderse de forma precisa con una pena determinada (teoría de la **pena puntual**)[68]. Sin embargo, apenas parece posible averiguar esa pena "correcta" con una fuerza de convicción intersubjetiva. Además, se plantea el problema adicional de en qué medida pueden aceptarse desviaciones de una pena que (sólo) se adecua a la culpabilidad en atención a sus repercusiones individuales[69]. De acuerdo con la teoría desarrollada por *Horn* este problema encuentra solución si en la fijación de la *medida* de la pena sólo se tiene en cuenta la gravedad de la culpabilidad; en cambio, para la elección de la *clase* de pena (prisión susceptible de ser ejecutada, suspensión condicional, pena de multa) son decisivas las necesidades individuales de resocialización del autor (teoría *gradual* o de la *valoración*)[70]. Esta teoría es objeto de un rechazo mayoritario pues no ofrece una solución adecuada para todos los casos (por ejemplo, para penas superiores a los dos años de prisión) y porque además es demasiado rígida: de acuerdo con el modelo legal del § 46 I

---

[67] A menudo se evitan las consecuencias negativas de una pena a través de modificaciones en su ejecución (por ejemplo, con su suspensión condicional); *SK (Horn)* § 46 núm. 22. En la medida en que éste no sea el caso, y a la vista de la primacía de la dignidad de la persona (art. 1 GG), también se plantea en supuestos extremos ("destrucción de la personalidad" a través de la ejecución de la pena) una adaptación de la pena a una medida que sea soportable por el autor; similar en última instancia, *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 368 ss.

[68] Básicamente en este sentido *Dreher*, JZ 1967, pág. 41; *Fyisch*, NJW 1973, pág. 1345; *el mismo*, ZStW 99 (1987) págs. 361-364; *Henkel*, Die "richtige" Strafe págs. 31 ss.; *Schneidewin*, JZ 1955, págs. 506 ss.; 4.ª ed. de esta obra pág. 786; vid. también *von Hirsch/Jareborg*, Strafmaß págs. 23-27; *Trechsel*, Schweiz. StGB, nota preliminar núm. 4 antes del art. 63.

[69] Vid. al respecto *Dreher*, Bruns-Festschrift págs. 157-161; *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 12; *Neumann*, Spendel-Festschrift págs. 443 ss.

[70] *Horn*, Schaffstein-Festschrift págs. 157-161; *el mismo*, Bruns-Festschrift pág. 165; *SK (Horn)* § 46 núms. 33-40.

la culpabilidad es asimismo importante para la elección de la clase de pena y la prevención especial lo es también para la medición de su cuantía[71].

Para la consecución de una concordancia entre los objetivos de la compensación de la culpabilidad y la prevención individual la jurisprudencia ha desarrollado la denominada **teoría del espacio libre** (BGH 7, 28 [32]; 20, 264 [266 ss.]; 27, 2 [3])[72]. Ésta parte por aceptar que en el caso correspondiente no puede determinarse de modo exacto una pena adecuada a la culpabilidad, sino que simplemente se puede suministrar una *zona* dentro de la cual debe situarse la pena para no fallar en su función de llevar a cabo una justa compensación de la culpabilidad del autor. Esta relación imprecisa entre la culpabilidad y la pena puede ser aprovechada por el tribunal para la prevención especial fijando la pena entre el límite inferior y superior del "espacio libre" de la culpabilidad, de acuerdo con los efectos que puedan esperarse de aquélla para la integración social del autor. Es dudoso que la praxis opere realmente de este modo[73]. Sin embargo, el modelo posee dos ventajas: crea una base teórica para la contradicción potencial contenida en el § 46 I y garantiza al órgano que enjuicia el hecho un cierto espacio libre en la individualización de la pena que tenía que ser negado consecuentemente por la teoría de la pena puntual[74].

7. La Ley no contiene ninguna declaración cerca del problema de si también **otros fines de la pena** no mencionados en el § 46 I pueden ser tenidos en cuenta para la medición de la sanción. Esto se discute sobre todo en relación con la idea de la *prevención general* (vid. *supra* § 8 II 3a).

a) No existen grandes dificultades en torno a la denominada **prevención general positiva**, esto es, el interés en la conservación y estabilización de la norma

---

[71] Vid., por ejemplo, *Bruns,* Dreher-Festschrift pág. 251; *Günther,* JZ 1989, págs. 1027 ss.; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 16; *Roxin,* Bruns-Festschrift pág. 183.

[72] Mostrando su acuerdo *Bruns,* Strafzumessung pág. 106-109; *Günther,* JZ 1989, págs. 1025 ss.; *Horstkotte,* en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung pág. 282; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 17-20; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 63 núms. 12-14; *Neumann,* Spendel-Festschrift págs. 439 441; *Roxin,* Schultz-Festgabe pág. 466; *Schäfer,* Praxis núm. 349; *Schaffstein,* Gallas-Festschrift pág. 99; *Theune,* StV 1985, págs. 163 ss.; en última instancia también *Grasnick,* Über Schuld págs. 269 ss.; *Streng,* Sanktionen pág. 184; rechazándola sin embargo en el sentido de un Derecho penal estrictamente orientado a la prevención, *Schünemann,* en: *Eser/Cornils* (edrs.), Neuere Tendenzen págs. 209-213.

[73] Entienden que sí *Horstkotte,* en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung pág. 282; *Schäfer,* Praxis núm. 349; negándolo, *H.-J. Albrecht,* Strafzumessung pág. 494; *Streng,* JuS 1993, pág. 921.

[74] *Dreher,* Gerechte Strafe págs. 61 ss.; *el mismo,* JZ 1967, pág. 44, evita el resultado de una revisión casacional ilimitada sobre la decisión acerca de la medida de la pena definiendo la configuración de la pena como un "acto social creativo" del juez (orientado al criterio de la justicia).

de la vida social que ha sido infringida por el autor[75]. Y es que, por un lado, la propia Ley afirma, si bien en otro contexto, que la "defensa del Ordenamiento jurídico" se presenta como una consideración legítima en la individualización de la pena (§§ 47 I, 56 III)[76]. Por otro, sin embargo, de este punto de vista no puede deducirse una indicación concreta para una determinada medida de la pena pues el *quantum* de lo que sea necesario (y también suficiente) para la "estabilización de la norma" no puede ser comprobado en el caso concreto. Finalmente, el punto de vista de la prevención general positiva en el ámbito de la individualización de la pena remite nuevamente al criterio de la adecuación a la culpabilidad[77].

b) Problemáticas son, por el contrario, las agravaciones de la pena destinadas a la **intimidación** de otros (potenciales) autores. Existe consenso en entender que, en todo caso, la idea de intimidación no puede conducir a "convertir en un ejemplo" al autor sobrepasando la medida del injusto culpable (BGH 20, 264 [267])[78]. Sin embargo, de acuerdo con una extendida opinión, el objetivo intimidatorio debe poder ser tenido en cuenta dentro del límite de la pena adecuada a la culpabilidad[79]. La jurisprudencia también acepta esta posibilidad pero sólo lo hace cuando en el caso concreto ha sido comprobado "un incremento peligroso para la comunidad del delito en cuestión o de otros similares al enjuiciado" (BGH NStZ 1986, pág. 358; 1992, pág. 275; BGH *Detter* NStZ 1994, pág. 476; vid. también la BGH 17, 321 [324])[80]. Incluso no puede *justificarse* una *agravación de la pena* frente al autor sobre la base de que se necesita una intimidación (reforzada) de la colectividad[81]. Y es que, por un lado, la finalidad amenazante de la pena no

---

[75] Fundamental en esto *Roxin,* Bockelmann-Festschrift pág. 279; vid., además, *Moos,* Pallin-Festschrift pág. 283; *Zipf,* Pallin-Festschrift pág. 479; con otra acentuación, *Hart-Hönig,* Strafzumessung; crítico *Bock,* ZStW 103 (1991) pág. 636.

[76] Este concepto expresa la idea de la prevención general positiva; así, acertadamente, *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 47 núm. 28; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 63 núms. 100-102.

[77] Igualmente, *H.-J. Albrecht,* Strafzumessung págs. 34, 79 ss.; *Freund,* GA 1995, pág. 8; *Schünemann,* en: *Eser/Cornils* (edrs.), Neuere Tendenzen pág. 225; *Streng,* ZStW 101 (1989) págs. 292 ss. Comprendiéndo sin embargo la "extensión de la necesidad de reacción" como un factor autónomo de la individualización de la pena *Frisch,* 140 Jahre GA págs. 15-19.

[78] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 35; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 13 antes del § 38; *SK (Horn)* § 46 núm. 12.

[79] *Bruns,* Strafzumessung págs. 97-105; *el mismo,* Neues Strafzumessungsrecht? págs. 27 ss.; *Dreher/Tröndle,* § 46 núm. 12; *Foth,* NStZ 1990, pág. 219; *Schönke/Schröder/*Stree, nota preliminar núms. 13 ss. antes del § 38; *SK (Horn)* § 46 núms. 11-14; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 783.

[80] Referencias adicionales en *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 37-39.

[81] En definitiva, también en este sentido *H.-J. Albrecht,* Strafzumessung pág. 89; *Frisch,* ZStW 99 (1987) págs. 364 ss.; *von Hirsch/Jareborg,* Strafmaß pág. 30; *Köhler,* Zusammenhang

es mencionada en los §§ 46 ss. y, por otro, no puede serle reprochado al autor el aumento de la frecuencia en la comisión (¡en el momento del enjuiciamiento y no en el de la comisión del hecho!) de ese delito; finalmente, de la investigación empírica tampoco se derivan indicios suficientes de que un incremento de la pena —en todo caso moderado, de acuerdo con el principio de culpabilidad— tenga un efecto intimidatorio verificable[82].

Ejemplo: Es inadmisible castigar de forma especialmente rigurosa una extorsión dirigida a conseguir dinero a cambio de protección para demostrar que los "tribunales alemanes" "se oponen con decisión" a esta creciente forma de criminalidad (de otra opinión BGH NStZ 1992, pág. 275).

V. El control de la individualización de la pena por los tribunales de casación

A la idea tradicional de que la individualización de la pena era un asunto perteneciente a la discrecionalidad judicial fue vinculada la concepción de que la decisión acerca de la medida de la pena era un *dominio del juez de instancia* y que, en consecuencia, su supervisión estaba ampliamente vedada al tribunal de casación. Por el contrario, hoy queda claro que la resolución acerca de la individualización de la pena constituye aplicación del Derecho tal y como pueda serlo la decisión acerca de la cuestión de la culpabilidad y, por ende, está sometida por completo al **control judicial de casación**[83]. No obstante, en materia de individualización de la pena el BGH sólo revoca sentencias en casos excepcionales con el argumento de que la pena es demasiado alta o demasiado baja y que por este motivo no se cumple el requisito de su adecuación a la culpabilidad (así, por ejemplo, BGH NJW 1990, pág. 846; StV 1990, pág. 494; NStZ 1992, pág. 381; StV 1993, pág. 71; igualmente, BayObLG NStZ 1988, pág. 408, con comentario de *Meine,* NStZ 1989, pág. 353). Por regla general los tribunales de casación respetan —al menos verbalmente— la prerrogativa de valoración del tribunal de instancia pues éste pudo llevarse una impresión personal del autor durante el

págs. 40-42; *Roxin,* Bruns-Festschrift págs. 299 ss.; *Warda,* Grundlagen pág. 167; *Wolfslast,* NStZ 1982, pág. 112; mostrando también claras reservas en contra de una valoración de la idea de intimidación a los efectos de agravar la pena *Maurach/Gössel/*Zipf, Allg. Teil II § 63 núms. 90-93; *Schäfer,* Praxis núm. 353; *Streng,* JuS 1993, págs. 921 ss.

[82] Acerca del estado de la investigación empírica sobre el efecto intimidatorio de las penas vid. *Dölling,* ZStW 102 (1990) pág. 1; *Eisenberg,* Kriminologie pág. 41; *Schöch,* Jescheck-Festschrift Tomo II pág. 1081; *Schumann* y otros, Jugendkrimlnalität págs. 9 ss.

[83] Sobre esta cuestión vid. *Frisch,* Revisionsrechtliche Probleme, 1971 y *Zipf,* Die Strafmaßrevision, 1969; fundamental también *Bruns,* Strafzumessungsrecht, 1.ª ed., págs. 559 ss.

juicio oral[84]; no obstante, sí se examina escrupulosamente la *motivación* que la sentencia recurrida suministra acerca de la clase y medida de la pena impuesta. En este tema, cuantas más exigencias se imponen para una exposición profunda de los aspectos vinculados con la individualización de la pena, más claramente se desvía la sentencia de la "medida normal" de la sanción que, conforme a su experiencia, se impone por el tribunal de casación en casos similares (vid., por ejemplo, BGH 29, 319 [320-324]; BGH StV 1987, pág. 530; NStZ 1988, pág. 497; también BGH 28, 318 [323 ss.])[85].

Esta especialidad del Derecho casacional conduce a que los tribunales de instancia deban emplear mucho esfuerzo para adecuar "correctamente" la *exposición* sus decisiones en esta materia a los criterios contenidos en los §§ 46 ss. y a la jurisprudencia desarrollada al respecto. Es dudoso que los fundamentos de la sentencia expresen siempre acertadamente las reflexiones que el tribunal ha hecho realmente[86]; en cualquier caso, no es conveniente la concentración de la supervisión casacional sobre los defectos jurídicos contenidos en la motivación de la individualización de la pena con el verdadero y deseable diálogo abierto entre el tribunal y las partes del proceso sobre la misma.

VI. Derecho extranjero

En el extranjero se comprueba mayoritariamente una tendencia a adoptar criterios diferenciadores en la individualización de la pena: en los delitos leves se renuncia de modo creciente a una sanción formal o se reacciona sólo con penas de poca importancia; en delitos graves y, particularmente, en los violentos o relacionados con la droga se recurre por el contrario al aumento de una clara represión mediante largas penas de prisión. En este punto (ya) no se encuentra en un primer plano el esfuerzo por la resocialización del *autor* sino que lo está una reacción frente al *hecho* orientada preventivo-generalmente[87]. El StGB *austríaco*[88], al igual que el texto alemán, señala en su § 32 I que la culpabi-

[84] Vid. al respecto *Horstkotte,* en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung págs. 287-289; *el mismo,* en: *Jehle* (ed.), Individualprävention págs. 514-516; *Streng,* JuS 1993, pág. 923.

[85] En la BGH 28, 318 (323 ss.) el BGH critica que el órgano inferior haya efectuado una comparación con las penas que otros tribunales han impuesto en casos similares. En su conjunto crítico con esta jurisprudencia *Streng,* Sanktionen págs. 196 ss.

[86] Vid. *Hassemer,* ZStW 90 (1978) págs. 90 ss.; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 336.

[87] Vid. el panorama general suministrado por *H.-J. Albrecht,* Strafzumessung págs. 125-154. Acerca de la Política criminal en Inglaterra vid. *Ashworth,* ZStW 106 (1994) pág. 605; en Suecia *Jareborg,* ZStW 106 (1994) pág. 140.

[88] En torno al Derecho austríaco sobre la individualización de la pena vid. *Burgstaller,* ZStW 94 (1982) pág. 127; *Nowakowski,* Probleme der Strafzumessung, 1974; *Pallin,* Die Strafzumessung, 1982; acerca de su realidad jurídica, *H.-J. Albrecht,* Strafzumessung bei schwerer Krimlnalität, 1994; *Pallin/Albrecht/Febérváry,* Strafe und Strafzumessung, 1989.

lidad es la base para la determinación de la pena. En cambio, la Ley no contiene una referencia expresa al interés representado por la prevención especial[89]. Se enumeran no obstante una serie de causas de agravación y atenuación de la pena (§§ 32 II, III, 33, 34) que mayoritariamente se refieren a los motivos del autor, así como a circunstancias concomitantes y consecuencias del hecho delictivo. El punto de vista de la intimidación de terceros está previsto expresamente en distintas disposiciones como motivo para prescindir de un posible privilegio en beneficio del autor (por ejemplo, la sustitución de una pena de prisión por una de multa)[90]. También según el art. 63 del StGB *suizo* la individualización de la pena depende sustancialmente de la culpabilidad del autor; junto a ella han de tenerse en cuenta los "móviles, el pasado y las condiciones personales" del sujeto. Sin embargo, de acuerdo con una extendida opinión, en su verdadero sentido no se concede ninguna influencia a consideraciones preventivo-especiales sobre la individualización de la pena[91]. En *Francia* el art. 132-24 C.p., en coincidencia con el Derecho anterior, se limita a remitir al tribunal a las circunstancias del hecho y a la personalidad del autor como factores a tener en cuenta en el proceso de la determinación de la pena[92]. La individualización en la fijación de la sanción, parcialmente extendida en la doctrina francesa en virtud del pensamiento de la Défense sociale[93], es manifiestamente desatendida por la praxis. También el Código penal *italiano* sitúa esta materia en el ámbito de la discrecionalidad judicial (art. 132) sin hacer indicaciones concretas acerca del fin de la pena. No obstante, el art. 133 contiene una lista de factores de naturaleza objetiva y subjetiva que se han de tener en cuenta para la individualización de la pena y, más allá, los arts. 61, 62, contienen catálogos sobre circunstancias agravantes y atenuantes. A pesar de todo, su concreción se abandona ampliamente a la praxis pues también en Italia se discute controvertidamente la relación entre la compensación de la culpabilidad y la prevención[94]. Algo parecido sucede en *España* donde el art. 61 IV, VII C.p[95]. mencio-

---

[89] Vid. al respecto *Zipf*, ÖJZ 1979, pág. 197.

[90] Acerca de la importancia de la prevención general en el resto de los casos vid. las distintas posiciones que se mantienen en *Burgstaller*, ZStW 92 (1984) págs. 131 ss.; *Nowakowski*, Probleme der Strafzumessung pág. 170; *Pallin/Albrecht/Fehérváry*, Strafe und Strafzumessung págs. 23 ss.

[91] *Dubs*, ZStW 94 (1982) págs. 169 ss.; *Trechsel*, Schweiz. StGB nota preliminar núm. 9 antes del art. 63; de otra opinión *Schultz*, Einführung II pág. 75; el art. 49 III del Anteproyecto de Código penal también se pronuncia a favor de la posibilidad de que por motivos preventivo-especiales la cuantía de la pena quede por debajo de la medida de la culpabilidad. Acerca de la discutida agravación de la pena por motivos preventivo-generales vid. *Schultz*, Einführung II pág. 76; *Trechsel*, Schweiz. StGB nota preliminar núm. 8 antes del art. 63.

[92] Críticamente sobre ello *Zieschang*, Sanktionensystem págs. 430-433.

[93] Vid. *Ancel*, Défense sociale págs. 224, 232; profundizando *Hagedorn*, Die richterliche Individualisierung, 1980.

[94] Vid. *Dolcini*, ZStW 94 (1982) pág. 373; *Romano/Grasso*, Commentario II art. 133 núms. 13 ss., 34-43; *Stile*, ZStW 94 (1982) pág. 173 (acerca de la práctica vid. págs. 188 ss.).

[95] Tampoco el vigente Código penal de 1995 recoge una disposición similar al § 46 StGB alemán que oriente acerca de los fines a seguir en la individualización de la pena. Siguiendo los

na muy generalmente la gravedad del hecho y la personalidad del autor como factores determinantes [96]. En *Inglaterra*[97] la Ley sólo fija la cuantía de la pena en relación con el asesinato; en los demás casos sólo hay límites superiores para la sanción que resulte admisible. De acuerdo con las seccs. 1(2)(a), 2(2)(a) Criminal Justice Act de 1991 es la "seriousness of the offence", esto es, la gravedad de la culpabilidad por el hecho, la que posee una importancia determinante para la elección y medida de la pena. Se encuentra excluida una agravación de ésta con la finalidad de intimidar a la colectividad; en cambio, es admisible la toma en consideración de antecedentes penales[98]. Para determinados delitos graves la individualización de la pena se rige a través de "guideline judgements" del tribunal de apelación[99]. En los EE.UU. el Derecho relativo a la individualización de la pena ofrece una imagen configurada de modo diverso: en muchos Estados rige todavía el sistema de penas indeterminadas de amplia tradición en este país; de acuerdo con el mismo, el tribunal sólo fija un límite superior de la pena de prisión y la duración exacta de su cumplimiento se fija por los órganos penitenciarias ("parole boards") en función del desarrollo del autor en la prisión[100]. Sin embargo, la tendencia camina claramente hacia una individualización de la pena fuertemente orientada al hecho[101]. En el sistema jurídico federal y en un creciente número de Estados, la libre discrecionalidad de los tribunales y de las autoridades penitenciarias está sujeta a la fijación legal o infralegal de una medida

---

pasos del texto punitivo de 1973, el Código vigente también prevé catálogos de circunstancias atenuantes, agravantes o mixtas (arts. 21, 22, 23) cuyo juego dentro del marco punitivo establecido por la Ley está reglado por los criterios contenidos en el art. 66. El apartado primero de este precepto sólo hace una mención genérica a "las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho". Con todo, se ha incrementado la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena, en la medida en que actualmente las penas ya no se dividen en *tres* grados (mínimo, medio y máximo) sino tan sólo en *dos* mitades (inferior y superior; vid. art. 70.1 C.p.) que sirven de módulos para el juego de circunstancias agravantes y atenuantes (art. 66.2 y 3) (N del T).

[96] Acerca del amplio espacio de discrecionalidad que de ello se deriva —a pesar de la existencia de marcos punitivos relativamente estrechos— vid. *Rodríguez Devesa/Serrano Gómez,* Derecho Penal págs. 952-954; acerca de la relación entre culpabilidad y prevención vid. *Mir Puig,* Derecho Penal págs. 827-831; lo mismo cabe decir en torno al Derecho *portugués,* vid. *Figueiredo Dias,* Direito penal II págs. 214-231.

[97] Fundamental acerca del Derecho inglés sobre la individualización de la pena, *Ashworth,* Sentencing and Criminal Justice, 1992; acerca de la práctica, *Moxon,* Sentencing Practice, 1992.

[98] *Ashworth,* ZStW 106 (1994) págs. 615-618, 621 ss.

[99] Vid., por ejemplo, R. v. Aramah, Cr. Apágs. R. 76 (1983) pág. 190; R. v. Billam, Cr. Apágs. R. 82 (1986) pág. 347.

[100] Véase, verbigracia, New Jersey Code of Criminal Justice ch. 43, 44; acerca de este sistema vid. también *Plagemann,* en: *Jescheck* (ed.), Freiheitsstrafe Tomo II págs. 1710-1716.

[101] Acerca de los motivos para el cambio que está teniendo lugar desde los años setenta vid. *Allen,* Decline of the Rehabilitative Ideal, 1981; *von Hirsch,* Past or Future Crimes págs. 3-16; *el mismo,* ZStW 94 (1982) pág. 1047.

de la pena que se presume o que es vinculante. Su cuantía depende, por una parte, de la clase y gravedad del delito y, por otra, de los antecedentes penales del autor. Una vez comprobados los requisitos correspondientes, al tribunal le queda todavía un estrecho margen de decisión para la determinación de la medida de la pena[102]. En el sistema jurídico federal la introducción de la "Federal Sentencing Guideline", extremadamente detallada y complicada[103], ha conducido a considerables dificultades en la praxis dando lugar a un claro aumento en la imposición de penas de prisión[104].

§ 83 Circunstancias relevantes para la individualización de la pena

Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer, Stellungnahme zum Artikelgesetz, StV 1989, pág. 72; *Bergmann,* Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988; *Bruns,* Anmerkung zu BGH 35, 148, JZ 1988, pág. 467; *Buttel,* Kritik der Figur des Aufklärungsgehilfen im Betäubungsmittelstrafrecht (§ 31 BtMG), 1988; *Dencker,* Zum Geständnis im Straf-und Strafprozegrecht, ZStW 102 (1990) pág. 51; *el mismo,* Strafrecht und Aids, StV 1992, pág. 125; *Dencker/Hamm,* Der Vergleich im Strafprozeß, 1988; *Erhard,* Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992; *Fezer,* Hat der Beschuldigte ein,Recht auf Lüge"? Festschrift für W. Stree und J. Wessels, 1993, pág. 663; *Frehsee,* Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987; *Frisch,* Prognoseentscheidungen im Strafrecht, 1983; *el mismo,* Das Verhältnis der Milderung nach § 49 Abs. 2 StGB zu den "minder schweren Fällen", JR 1986, 89; *Frister,* Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung usw., Jura 1988, pág. 356; *Geiter,* Rückfallvorschrift (§ 48 StGB) aufgehoben, ZRP 1988, pág. 376; *Grünwald,* Menschenrechte im Strafprozeß, StV 1987, pág. 453; *Henkel,* Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe, Festschrift für H. Lange, 1970, pág. 179; *Hering/Rössner* (edrs.), Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht, 1993; *Hettinger,* Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1982; *el mismo,* Zum Geltungsbereich des Doppelverwertungsverbots usw., GA 1993, pág. 1; *Hillenkamp,* Verwirkung des Strafanspruchs durch Verfahrensverzogerung? JR 1975, pág. 133; *el mismo,* Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *el mismo,* Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen, NJW 1989, pág. 2841; *Horn,* Gesamtwürdigung — Sinn und Unsinn eines Rechtsbegriffs, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pág. 573; *Horstkotte,* Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des

[102] Vid. sobre ello *Frase,* Minnesota Law Review 75 (1991) pág. 727; *el mismo,* Law and Inequality 12 (1993) pág. 1; *von Hirsch/Knapp/Tonry,* Sentencing Commission, 1987; *Weigend,* Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln págs. 589 ss.

[103] Vid. *Nagel,* Journal of Criminal Law and Criminology 80 (1990) pág. 883.

[104] En torno a su crítica vid. *Alschuler,* University of Chicago Law Review 58 (1991) pág. 901; *Freed,* Yale Law Journal 101 (1992) pág. 1681; *Tonry,* Crime and Delinquency 39 (1993) pág. 131.

Strafrechts über die Strafbemessung usw., JZ 1970, pág. 122; *el mismo,* Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall usw., JZ 1970, pág. 152; *Jaeger,* Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von § 31 BtMG, 1986; *Jerouschek,* Jenseits von Gut und Böse, ZStW 102 (1990) pág. 793; *König/Seitz,* Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, NStZ 1995, pág. 1; *Körner,* Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, 4.ª ed. 1994; *Kunert/Bernsmann,* Neue Sicherheitsgesetze — mehr Rechtssichercheit? NStZ 1989, pág. 449; *Lammer,* Kronzeugenregelung und Strafzumessung, JZ 1992, pág. 510; *Marks/Rössner* (edrs.), Täter-Opfer-Ausgleich, 2.ª ed. 1990; *Nicolaus,* Die Berücksichtigung mittelbarer Straftatfolgen bei der Strafzumessung, 1992; *Puppe,* Die verschuldeten Folgen der Tat, Festschrift für G. Spendel, 1992, pág. 451; *Roxin,* Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, en: *Schöch* (ed.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, pág. 37; *Imme Roxin,* Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1987; *Schäfer,* Zur Individualisierung der Strafzumessung, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 395; *Scheffler,* Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991; *Schmidt-Hieber,* Der strafprozessuale "Vergleich", StV 1986, pág. 355; *Schöch,* Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Frelheitsentzug? Gutachten C zum 59. DJT, 1992; *Schreckling,* Bestandsaufnahmen zur Praxis des Täter-Opfer-Ausgleichs usw., 1991; *Schroth,* Strafrechtliche und strafprozessuale Konsequenzen usw., NJW 1990, 29; *Schünemann,* Absprachen im Strafverfahren? Gutachten B zum 58. DJT, 1990; *el mismo,* Wetterzeichen einer untergehenden Strafprozegkultur? StV 1993, pág. 657; *Siolek,* Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993; *Spendel,* Die Begründung des richterlichen Strafmaßes, NJW 1964, pág. 1758; *Streng,* Mittelbare Strafwirkungen und Strafzumessung, NStZ 1988, pág. 485; *Timpe,* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils und das Doppelverwertungsverbot, 1983; *Terhorst,* Die Folgen der Tat und ihre Auswirkungen auf den Täter, JR 1989, pág. 184; *Vogler,* Die strafschärfende Verwertung strafbarer Vor— und Nachtaten usw., Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 429; *Walter,* Läßt sich der Handlungsunwert an der aufgewendeten "kriminellen Energie" messen? GA 1985, pág. 197; *el mismo,* Bestimmung der Tatschuld usw., Gedächtnisschrift für-Hilde Kaufmann, 1986, pág. 493; *Weigend,* Anmerkungen zur Diskussion um den Kronzeugen usw., Festschrift für H.-H. Jescheck, Tomo II, 1985, pág. 1333; *el mismo,* Abgesprochene Gerechtigkeit, JZ 1990, pág. 774; *Wohlers,* Rechtsfolgen prozeßordnungswidriger Untätigkeit von Strafverfolgungsorganen, JR 1994, pág. 138; *Zipf,* Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB, Festschrift für H. Tröndle, 1989, pág. 439.

Vid., además, las referencias bibliográficas antes del § 82.

I. Significado general del § 46 II

1. Mientras que en el § 46 I contiene enunciados generales acerca del sentido y finalidad del castigo, en cambio en el § 46 II se enumeran "**circunstancias**" que

el tribunal ha de tener en cuenta en la individualización de la pena. Los factores que en el § 46 II 2 se ponen "nominalmente" de relieve *no* se han de entender como un *catálogo cerrado* de consideraciones admisibles en la individualización de la pena; no obstante, suministran el ámbito material al que el tribunal debe dirigir su atención[1]. Muchas de las circunstancias mencionadas en este catálogo se refieren al injusto objetivo del hecho (por ejemplo, el modo de ejecución, efectos provocados culpablemente), mientras que otras lo hacen a la personalidad del autor y, con ello, a la necesidad de influir sobre él (vida pasada, condiciones personales y económicas). En las circunstancias del § 46 II 2 se desarrolla, pues, el propósito general de la individualización de la pena, a saber, la compensación de la culpabilidad bajo la toma en consideración de las necesidades preventivo-especiales (vid. *supra* § 82 IV). En este punto no es precisamente casual que la enumeración de las circunstancias relevantes no se remita en ningún lugar a posibles necesidades de intimidación o de protección de la colectividad.

2. Sin embargo, la Ley *no* fija *criterios decisivos* para la decisión sobre la medida de la pena en el caso concreto. Esto se debe, ante todo, a que la enumeración de los factores relevantes para la individualización de la pena sólo posee un valor ejemplificativo. Además, el § 46 II 2 deja abierto qué circunstancias y bajo qué requisitos deben beneficiar o perjudicar al autor[2]. Y, finalmente, en el § 46 II 1 se encomienda muy genéricamente al tribunal que pondere entre sí las circunstancias que están a favor y en contra del autor, sin que sea suministrado el punto de partida de este procedimiento (vid. sobre ello *supra* § 82 II 2) o el peso relativo de las consideraciones en particular. De ahí que el § 46 II pueda contribuir poco a la *formación* de la decisión acerca de la medida de la pena; no obstante, para su *exposición* en la sentencia sí poseen algún valor como puntos de apoyo los factores mencionados por tal disposición.

3. De la redacción del § 46 II puede concluirse que los factores para la individualización de la pena allí mencionados son **ambivalentes**, esto es, que en el caso concreto pueden hablar a favor o en contra del autor[3]. De ahí que la decisión acerca de la *dirección valorativa* de los hechos relevantes para la determinación de la sanción constituya un paso importante en la averiguación de la medida de la pena (vid. BGH NStZ 1987, pág. 405)[4]. Por tanto, en función de

---

[1] Vid. *Streng*, Sanktionen págs. 182 ss.

[2] Por el contrario, los §§ 32 III, 33, 34 österr. StGB contienen una clara separación entre circunstancias agravantes y atenuantes de la pena.

[3] Así ya *Horstkotte*, JZ 1970, pág. 125.

[4] Vid. al respecto *Bruns*, Strafzumessung págs. 243-254; restrictivamente *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 795 ss.

las circunstancias un mismo hecho puede ser tenido en cuenta para beneficiar o para perjudicar al autor.

Ejemplo: Si un sujeto adinerado comete un hurto en un establecimiento comercial, sus buenas condiciones económicas pueden perjudicarle por un lado (desconsideración intencionada de la propiedad ajena como señal de una actitud interna antisocial) y beneficiarle por otro (escaso peligro de reincidencia).

A través de una ponderación global, el tribunal debe intentar valorar adecuadamente todos los aspectos del supuesto de hecho concreto. Sin embargo, para la fundamentación de una agravación de la pena ya no puede recurrir al "caso normal", esto es, a la *falta* de una circunstancia atenuante (muy restrictivamente al respecto BGH GS 34, 345, en la que no obstante se señala con razón que lo decisivo no es la formulación lingüística, sino la corrección material de las circunstancias relativas a la individualización de la pena)[5].

II. El contenido de injusto y de culpabilidad del hecho

Dado que según el § 46 I 1 la **culpabilidad** es la **base de la individualización de la pena**, el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho juega un papel esencial en la decisión acerca de la medida de la sanción. Ciertamente, el concepto de culpabilidad es concebido más ampliamente en el ámbito de la determinación de la pena que en la teoría del delito (vid. *supra* § 39 II); aquí abarca la totalidad del suceso, incluida la preparación del hecho y sus consecuencias, en la medida en que el autor pueda ser hecho responsable por ello[6]. A pesar de todo, en la determinación de la culpabilidad que aquí resulta relevante se reflejan muchos de los factores que han sido de importancia para la fundamentación de la punibilidad[7]; sin embargo, de modo diverso a como sucede en la simple comprobación de ésta, aquí deben medirse de acuerdo con su importancia relativa y ser ponderados entre sí.

1. De importancia son ante todo los elementos del **injusto de acción**. A título de mero ejemplo el § 46 II 2 menciona el "modo de ejecución" del hecho y la "medida de infracción del deber". Así pues, pueden por ejemplo ser valorados para *agravar la pena* la actuación especialmente violenta de un ladrón, el allana-

---

[5] *Lackner*, § 46 núm. 32; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 67-71; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núms. 45a, 57a.

[6] *Schäfer*, Praxis núms. 228-232; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 9a.

[7] Profundizando en ello *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften págs. 87 ss.; *Frisch*, 140 Jahre GA págs. 7-15.

miento de morada durante la noche en presencia de los moradores[8] o la violación (§ 177) llevada a cabo sin precauciones para prevenir el embarazo de la víctima (BGH 37, 153). En cambio, por regla general el favorecimiento de la comisión del hecho por parte del ofendido da lugar a una *atenuación de la pena*[9]. El injusto de acción también puede disminuir si el autor se encontraba en una situación que era similar a alguna de las causas de justificación legalmente reconocidas como, por ejemplo, si en una legítima defensa ha superado el límite de una defensa adecuada y que resulte disculpable en virtud del § 33, o si fue instigado a cometer el hecho por un agente provocador a través de medios similares a una coacción (BGH StV 1991, pág. 460; yendo aún más lejos, se manifiestan a favor de una atenuación de la pena siempre que intervenga un agente provocador, BGH NStZ 1992, pág. 488; StV 1994, pág. 14). El § 13 II contiene un caso especial de atenuación de la pena basado en una disminución del injusto de acción (omisión).

2. También hay que tener en cuenta el **componente subjetivo** del injusto de acción. En este contexto el § 46 II 2 menciona los móviles y objetivos del autor. Ante todo —en la medida en que la Ley ni siquiera ha previsto marcos punitivos diferenciados—, aquí hay que preguntarse si el sujeto ha actuado dolosa o imprudentemente (verbigracia, en el § 316). Es dudoso que en los delitos en los que ha mediado dolo la forma en que éste se manifiesta (intención, dolo directo, dolo eventual) deba tener una influencia directa sobre la medida de la pena (vid. BGH NJW 1981, pág. 2204; StV 1993, pág. 72), pues la intensidad de la voluntad dirigida a la realización del tipo no está vinculada necesariamente con la clasificación dogmática del dolo[9]. Con carácter general, los móviles y objetivos del autor perjudican a éste si poseen una motivación egoísta (no obstante, con frecuencia están ya contenidos en la imagen estereotipada del hecho, tal y como sucede con el ánimo de lucro en la receptación [§ 259] o en la usura [§ 302a[10]]) y le favorecen si son de naturaleza altruista[11]. Esto último también rige para los *delincuentes por convicción o de conciencia* en la medida en que actúen impulsados por una convicción "digna de ser tenida en cuenta" (vid. BGH 8, 162; BayObLG NJW 1980, pág. 2424).

3. Tal y como pone de relieve el § 46 II 2, para la individualización de la pena han de ser tenidas asimismo en cuenta las "**consecuencias derivadas culpablemente del hecho**". En este aspecto resultan ante todo de importancia el resultado

---

[8] Vid. *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 111.

[9] Igualmente, *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 86.

[10] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 291 (N del T).

[11] Una visión general puede encontrarse en *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núms. 13-14.

típico y su extensión y, particularmente, el alcance de un daño patrimonial o de una lesión corporal de la víctima. Más allá, sin embargo, también es admisible (por regla general, con efectos agravatorios de la pena) la valoración de las consecuencias que quedan fuera del tipo penal como, por ejemplo, la tentativa de suicidio de la víctima de una violación (BGH StV 1987, pág. 100) o la muerte del drogadicto al que el autor había vendido la droga (BGH 37, 179 [180]; BGH StV 1993, pág. 128). Requisito para una agravación de la pena en estos casos es siempre y ante todo que la consecuencia esté conectada de forma objetivamente imputable con la realización del tipo y, en concreto, que resida dentro del ámbito de protección de la norma infringida[12].

Ejemplo: El conductor de un camión fuerza mediante amenazas a una autoestopista de quince años para que ésta se baje del vehículo en pleno trayecto y de noche (coacciones, § 240). Sin que el autor se diera cuenta la chica se sienta sobre la barra que unía el camión con su remolque, a consecuencia de lo cual fallece durante el trayecto adicional. La muerte de la víctima no es ninguna "consecuencia derivada culpablemente del hecho" pues se encuentra fuera del ámbito de protección de la norma que prohibe las coacciones (de otra opinión todavía, BGH GS 10, 259).

Asimismo, la consecuencia debe haber sido por lo menos *previsible* para el autor (BGH 37, 179 [180]; BGH NStZ 1986, pág. 85 con comentario de *Berz*) puesto que la imprudencia es el presupuesto mínimo de la culpabilidad (vid. § 18)[13]. En los delitos dolosos muchos autores exigen incluso que la consecuencia fuera comprendida por el dolo del autor[14]. A favor de esta concepción habla el hecho de que *otros* factores del injusto que agravan la pena (por ejemplo, la autenticidad de la joya robada; vid. BGH *Dallinger* MDR 1969, pág. 533) pueden perjudicar al autor aunque éste sólo haya tenido conocimiento de ellos; y es que, efectivamente, el § 18 acoge una regulación tan rigurosa en torno a las *consecuencias del hecho* que también ha de ser aplicable al ámbito de la individualización de la pena[15].

---

[12] Subrayando con razón este aspecto *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 753 ss.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núms. 36-42; *Puppe*, Spendel-Festschrift pág. 451; *SK (Horn)* § 46 núm. 109.

[13] En este sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria; vid. *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 23; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 151-153; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núms. 41 ss.; *SK (Horn)* § 46 núm. 109.

[14] *Schäfer*, Praxis núms. 239-242; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 26.

[15] Vid. ya *Spendel*, NJW 1964, pág. 1764: "Lo que es adecuado a las causas legales de agravación de la pena, debería ser apropiado para los criterios judiciales determinantes para las causas de exasperación de la pene".

4. Finalmente, en la individualización de la pena hay también que atender a la medida de la **culpabilidad** (en sentido estricto). Sobre todo tiene aquí importancia si la motivabilidad del autor o la exigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma se encontraban limitadas de tal forma como para aproximarse a una causa que pueda excluir o disculpar la culpabilidad del autor prevista por la Ley. Para algunos supuestos de este tipo está prevista expresamente una atenuación de la pena (vid. §§ 17, inciso segundo, 21, 35 I 2, segunda parte) pero, más allá de ellos, rige con carácter general que el autor que actúa en una situación psíquica excepcional merece una pena menor[16].

Ejemplos: El autor duda acerca de si su comportamiento está prohibido; según la opinión mayoritaria ello no es un error de prohibición en el sentido del § 17 (vid. *supra* § 41 I 3b), pero a pesar de todo la reprochabilidad se encuentra disminuida. El autor actúa para evitar el peligro que se cierne sobre un bien jurídico cuya defensa no queda disculpada según el § 35 (situación análoga al estado de necesidad).

En el ámbito de la culpabilidad también han de considerarse "la actitud interna que expresa el hecho y la voluntad empleada en el hecho" (§ 46 II 2). El mismo contenido de injusto puede recibir una importancia completamente distinta a través de la *actitud interna* del autor.

Ejemplo: El comportamiento de un médico, que con su tratamiento ha dañado la salud de una de sus pacientes, merece un castigo diverso en función de si el médico ha cometido el error en el tratamiento por exceso de cansancio, por indiferencia frente a la salud de la paciente o por motivos económicos (un tratamiento "exiguo" permite dar acogida a muchos pacientes en poco tiempo).

En el enjuiciamiento de la actitud interna el tribunal debe aplicar inevitablemente juicios de carácter ético[17]. No obstante, en este punto tiene que renunciar a juicios globales que minusvaloren al autor; no sin razón la Ley hace énfasis en que sólo puede influir sobre la individualización de la pena la actitud interna "que expresa el hecho" y no un enjuiciamiento general sobre el carácter del autor (vid. BGH NJW 1979, pág. 1835; demasiado estrecha, sin embargo, la BayObLG NStZ 1982, pág. 288, con comentario crítico de *Bruns*, por estimar que en la individualización de la pena derivada de unas lesiones corporales imprudentes ocasionadas a la propia esposa no debe tenerse en cuenta que el autor realmente quería matar a su mujer con ayuda de una "trampa eléctrica")[18]. Asimismo, el

[16] Vid. *Frisch*, 140 Jahre GA págs. 14 ss.

[17] *Bruns*, Strafzumessung pág. 245; *Lackner*, § 46 núm. 33; referencias jurisprudenciales en *LK (11.ª) (Gribbohm)* § 46 núms. 78-82.

[18] *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 19; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 16.

tribunal debería dar a conocer los criterios valorativos de los que ha prescindido la actitud del autor[19].

Ejemplo: Para que la "borrachera nocturna" de un conductor embriagado (§ 315c I núm. 1) deba ser valorada a efectos de agravar la pena, debe ser determinado hasta qué punto aquélla evidenció la desconsideración del autor frente a los demás partícipes del tráfico viario (vid. OLG Oldenburg NJW 1968, pág. 1293).

Si la *voluntad* del autor hacia la comisión del hecho se ha manifestado de forma especialmente intensa, entonces ello repercute en perjuicio de aquél (por ejemplo, una planificación intensa del delito, la obstinación en la persecución del objetivo criminal o la superación de numerosos obstáculos)[20]; por el contrario, las debilidades de la voluntad o la facilidad para ser instigado al delito por los demás disminuyen la culpabilidad (vid. también acerca del efecto atenuador de la culpabilidad del sometimiento a una orden en la "protección del muro" de Berlín, BGH 39, 1 [35 ss.]; 168 [192 ss.])[21].

III. La personalidad del autor

1. Los **elementos de la personalidad** del autor sólo pueden ser de importancia para la medida de la *culpabilidad por el hecho* en tanto que hayan encontrado expresión en la comisión del delito (BGH StV 1984, pág. 21; BGH *Theune* NStZ 1986, pág. 494; NJW 1988, pág. 1153)[22]. Relevante puede ser, por ejemplo, la actitud interna negativa del autor frente a determinados bienes jurídicos que se funda sobre su personalidad (por ejemplo, desconsideración frente a la salud de los demás o un desmedido ánimo de lucro); pero, por otra parte, también los déficits psíquicos o mentales pueden atenuar la culpabilidad (verbigracia, la irritabilidad neurótica, inteligencia limitada o dependencia psíquica de los demás). En cambio, se infringe el principio de igualdad (art. 3 GG) si de determinadas cualidades personales del autor es deducido un deber más elevado de actuación conforme a Derecho y, a consecuencia de ello, se extrae una mayor medida de culpabilidad en la comisión de delitos. Esto rige especialmente en relación con

---

[19] Acertadamente, *SK (Horn)* § 46 núm. 113.

[20] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 83-85; en contra, con razón, de una aplicación indiferenciada del concepto de "energía criminal" *Walter*, GA 1985, pág. 197; *el mismo*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 493.

[21] *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 16; *Streng*, Sanktionen págs. 175 ss.

[22] Igualmente, *Bruns*, Strafzumessung págs. 192 ss.; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 156; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núms. 6-9; *Schaffstein*, Gallas-Festschrift págs. 108-112; *SK (Horn)* § 46 núm. 116; con una postura diversa *Stratenwerth*, Tatschuld págs. 28 ss.

extranjeros en los que un supuesto "abuso de las normas de hospitalidad" no permite fundamentar una agravación de la pena (BGH *Detter* NStZ 1991, pág. 275; BGH StV 1993, pág. 358; 1994, pág. 130)[23]; pero este criterio también es de aplicación frente a "personajes prominentes" (por ejemplo, políticos o jueces) que, en todo caso, no pueden ser castigados más gravemente si el delito cometido no posee relación ninguna con su actividad pública conocida (BGH NJW 1987, 2685 [2687]; NStZ 1988, pág. 175)[24].

Ejemplo: En la conducción bajo los efectos de la embriaguez se tiene en cuenta para agravar la pena la actividad profesional del autor como profesor de autoescuela, pero no, en cambio, el ejercicio de la abogacía (vid. OLG Hamm NJW 1957, pág. 1449; OLG Köln VRS 33, 31).

2. Las "**condiciones personales y económicas**" del autor (§ 46 II 2) influyen primordialmente en las repercusiones —mencionadas por el § 46 I 2— que la pena despliega sobre la integración social de aquél (*prevención especial*). De ahí que el tribunal tenga que esclarecer suficientemente tales condiciones personales para poder enjuiciar el alcance que el cumplimiento de una pena de prisión tiene para la vida profesional y privada del autor (BGH NStZ 1991, pág. 231). Al respecto puede en particular beneficiar al autor el hecho de que sus condiciones de vida se hayan estabilizado en el tiempo que media entre la comisión del delito y su enjuiciamiento (por ejemplo, por haber encontrado un puesto de trabajo o haber fundado una familia)[25].

a) En cierta medida aquí es de importancia la **sensibilidad** individual del autor frente a la pena[26]; si, por ejemplo, debido a la estructura de su personalidad el cumplimiento de una pena de prisión amenaza con afectar seriamente a la forma

---

[23] Asimismo, *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 178 ss., que no obstante señala excepciones (infundadas) en el núm. 180.

[24] *Bruns*, Strafzumessung págs. 193-196; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 177; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 35; *SK (Horn)* § 46 núm. 118; más estrictamente (agravación de la pena sólo si existe deber de garante o si el autor posee conocimientos especialmente cualificados), *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 764 ss.

[25] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 185.

[26] Por el contrario, la opinión mayoritaria considera que la sensibilidad individual del autor frente a la pena es una circunstancia relevante para la culpabilidad; BGH 7, 28 (31); BGH NStZ 1991, pág. 527; OLG Hamm NJW 1957, pág. 1003; *Baumann/Weber*, Allg. Teil pág. 636; *Dencker*, StV 1992, págs. 127 ss.; *Schäfer*, Praxis núms. 311 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 54. Diferenciando entre la *sensibilidad* frente a la pena (relevante para la culpabilidad) y la *susceptibilidad* frente a la misma (relevante a efectos de prevención), *Bruns*, Strafzumessung págs. 196-198; *Henkel*, H. Lange-Festschrift pág. 179; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núms. 117-122.

de vida del autor, ello puede conducir a que por motivos de prevención especial se suspenda condicionalmente la pena. Algo similar rige cuando el autor posee ya una escasa esperanza de vida, pues entonces también una pena de prisión limitada temporalmente puede suponer una "catástrofe vital" de imprevisibles consecuencias (BGH NStZ 1983, pág. 408; StV 1991, pág. 207). Se requiere sin embargo un planteamiento restrictivo debido a que la toma en consideración de la sensibilidad hacia la pena puede conducir fácilmente a una discriminatoria "justicia de clases" si, por ejemplo, la pena aplicable al ciudadano sencillo, "insensible" a la misma por tener poco que perder, es determinada más rigurosamente que la de aquel que pertenece a una clase superior. De ahí que en la individualización de la pena deba tomarse por base la suposición (ficticia) de que el *efecto compensatorio de la culpabilidad* de una sanción es independiente de las condiciones sociales y económicas del autor[27].

Este principio se plasma en la medición de una pena de multa de modo que la capacidad económica del autor es relevante sólo para el *importe* de la cuota diaria (vid. § 40 II), pero no para el *número* de dichas cuotas que en cambio se corresponde con la medida de la culpabilidad (BGH NJW 1976, pág. 634)[28]. También sería inadmisible dictar una pena de prisión frente al autor que carece de medios por el hecho de que previsiblemente no pueda pagar una pena de multa (RG 65, 229; BGH GA 1968, pág. 64)[29].

b) Problemática es también la toma en consideración de **perjuicios de naturaleza extrapenal** que para el autor se pueden derivar de la condena. Concretamente se trata aquí de consecuencias disciplinarias y deontológicas vinculadas a la comisión del delito[30]. El BGH exige que tales consecuencias sean tenidas en cuenta para la fijación de la medida de la pena (BGH 32, 68 [79]; BGH NStZ 1987, pág. 550; StV 1991, pág. 207) e, incluso, para la decisión de si existe un "caso menos grave" en la realización del delito (BGH 35, 148)[31]. En no pocas ocasiones esto conduce a una "oscilación" de las consecuencias jurídicas de forma que la pena, a causa de la inminente imposición de dichas consecuencias extrapenales, es fijada con un alcance muy bajo y luego el castigo disciplinario a imponer

---

[27] De acuerdo *Streng*, Sanktionen págs. 210 ss.; en definitiva también *SK (Horn)* § 46 núm. 121.

[28] *Lackner*, § 40 núm. 5; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 59 núm. 40; *Schönke/Schröder/Stree*, § 40 núm. 4.

[29] Y mucho menos podrían conducir las condiciones patrimoniales especialmente favorables del autor a la imposición de una pena de prisión en lugar de la de multa; BGH 3, 259 (262 ss.); BGH *Holtz*, MDR 1978, pág. 986.

[30] Profundizando al respecto *Nicolaus*, Berücksichtigung, 1992.

[31] De acuerdo en este punto *Schäfer*, Tröndle-Festschrift pág. 395; rechazándolo *Bruns*, JZ 1988, pág. 466; *Streng*, NStZ 1988, pág. 485.

(al que también hay que abonar la pena criminal) acaba siendo también muy leve. De ello se deriva que, en su conjunto, no tiene lugar la sanción adecuada a la culpabilidad verdaderamente merecida[32]; además, esta ventaja se deriva para el autor precisamente por su destacada posición social (por ejemplo, por ser funcionario, médico o abogado)[33].

3. a) La "**vida pasada**" del autor puede ser relevante para favorecerle o para perjudicarle en la individualización de la pena. La existencia de una integración social del autor repercute positivamente en la medida en que aparezca como un error aislado de una personalidad intacta en todo lo demás, pues de este modo se abren perspectivas favorables para el futuro modo de vida del autor (BGH 8, 186 [188]; BGH NStZ 1982, pág. 376)[34]. A la inversa, los déficits de importancia que hasta el momento han tenido lugar en la vida del sujeto y con los que se encuentra ligada la comisión del delito (verbigracia, la adicción al alcohol, a las drogas o al juego), dificultan su reintegración social (BGH 1, 51; BGH NJW 1985, pág. 870)[35]. También a esto ha de atender la individualización de la pena. Sin embargo, tales distorsiones en la "vida anterior" de la persona no pueden ser aplicadas sin más como causa de agravación de la pena, sino que a ser posible la sanción debe ser configurada de tal modo que corrija las costumbres o los rasgos de su personalidad favorecedores de la criminalidad[36].

b) Aunque también es problemática, resulta de una especial importancia para la praxis la toma en consideración de **delitos cometidos anteriormente**.

Aquí se plantea ante todo la cuestión de bajo qué *presupuestos procesales* los delitos previos del autor pueden servir de base para la sentencia. Desde luego que se pueden tener en cuenta sin más aquellos hechos por los que el sujeto ha sido condenado no hace mucho tiempo a través de una sentencia firme; por regla general los mismos son comprobados mediante la lectura de una certificación de antecedentes procedente del Registro Federal Central (vid. *infra* § 87). Sin embargo, si la condena tuvo lugar mucho tiempo

---

[32] De ahí que con razón muestren su rechazo *SK (Horn)* § 46 núm. 138; *Streng*, NStZ 1988, pág. 485; *el mismo*, Sanktionen págs. 209 ss.; a favor de una introducción del castigo extrapenal ya impuesto, *Nicolaus*, Berücksichtigung pág. 78.

[33] Vid. *Müller-Dietz*, Spendel-Festschrift pág. 430; *Terhorst*, JR 1989, pág. 187.

[34] *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 24; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 173 ss.; coincidiendo también en última instancia *Frisch*, GA 1989, pág. 358 nota a pie núm. 82. Sin embargo, es equivocado intentar extraer consecuencias de la vida pasada del autor para tenerlas en cuenta en la *culpabilidad del hecho*; así, sin embargo, *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 30.

[35] *Bruns*, Strafzumessung págs. 192 ss.; *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 24a; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 156 ss.

[36] Acertadamente, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núm. 168; *SK (Horn)* § 46 núm. 129.

atrás de forma que, de acuerdo con el § 46 BZRG, ésta deba ser anulada, entonces ya no puede ser utilizada en perjuicio del autor (§ 51 I BZRG; vid. BGH 24, 378; BGH NStZ 1983, pág. 19; NJW 1990, pág. 2264). Problemático es el recurso a la utilización de condenas por delitos que todavía no han adquirido firmeza. Además, puede tratarse de hechos que originalmente fueron objeto del proceso penal en curso pero cuya persecución fue objeto de archivo (§ 154 II StPO) o quedó excluida en virtud del § 154a II StPO. Según la jurisprudencia tales hechos han de ser tenidos en cuenta en perjuicio del autor si el tribunal ha alcanzado la convicción acerca de la culpabilidad del sujeto sobre los mismos y siempre que éste fuera advertido expresamente que los hechos podían ser valorados en la individualización de la pena a pesar del archivo parcial del procedimiento (BGH 30, 147; 31, 302; BGH NStZ 1991, pág. 182)[37]. También pueden ser traídos a colación delitos que todavía no se han enjuiciado; basta con su comprobación en el proceso penal en marcha (BVerfG NStZ 1988, pág. 21; BGH NStZ 1982, pág. 326).

Desde una perspectiva material la jurisprudencia valora siempre la existencia de **delitos anteriores**, sobre todo si se trata de infracciones de "naturaleza similar", como una **causa de agravación de la pena** (BGH 24, 198; BGH NStZ 1994, 183 [184]; OLG Hamm NJW 1959, pág. 305)[38]. Verdaderamente la comisión previa de delitos sólo puede ser motivo para una agravación de la pena (¡dentro del marco de una sanción adecuada a la culpabilidad!) bajo requisitos rigurosos. Esto sucede, en primer lugar, cuando la *culpabilidad por el hecho* ha aumentado por haberse rebelado el autor contra normas sociales cuya validez le quedó clara por medio de una condena anterior por un delito igual o similar. El § 48 (en su redacción anterior) contenía una disposición especial relativa a la reincidencia que fue derogada en el año 1986 (al respecto vid. la 4.ª ed. de esta obra págs. 802 ss.) y expresaba esta idea aludiendo a que al autor "no le han servido de advertencia las anteriores condenas". Sin embargo, este elemento cualificador de la culpabilidad, que realmente permite fundamentar una necesidad de pena elevada[39], no puede

[37] Crítico al respecto *Vogler*, Kleinknecht-Festschrift pág. 428, quien sostiene que la presunción de inocencia puede ser destruida exclusivamente a través de una condena firme. En contra, con razón, BGH 34, 209, así como *Frister*, Jura 1988, pág. 356.

[38] No obstante, existen restricciones para delitos muy distantes en el tiempo (BGH 5, 124 [131 ss.]) y para condenas dictadas en el extranjero (BGH 38, 71 [DDR]; BayObLG MDR 1979, pág. 72). De acuerdo con el criterio jurisprudencial *Bruns*, Strafzumessung págs. 223 ss.; *LK (11.ª) (Gribbohm)* § 46 núms. 158-164; *Schäfer*, Praxis núms. 275-278; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 31. Acerca de la importancia práctica de la agravación de la pena derivada de la reincidencia vid. *H.-J. Albrecht*, Strafzumessung págs. 323-325, 333-342.

[39] Sobre ello vid. *Streng*, Sanktionen págs. 177 ss.; *el mismo*, JuS 1993, pág. 924; en contra de toda posibilidad de que la culpabilidad se vea incrementada por la reincidencia, *Erhard*, Strafzumessung bei Vorbestraften págs. 259-303; *Geiter*, ZRP 1988, pág. 381; fuertemente restrictivo

deducirse sin más del mero hecho de la repetición en la comisión de delitos pues ésta puede deberse a debilidades de la voluntad o a la dependencia de la influencia de terceras personas que promueven su conducta criminal[40]. El tribunal tiene que dirigir más bien sus comprobaciones hacia la actitud interna del autor tal y como se expresa en su comportamiento punible, debiendo sólo agravar la pena "a causa de la reincidencia" cuando el autor manifiesta con su hecho un menosprecio hacia el bien jurídico afectado que no ha sido impresionado por las penas anteriores.

La reincidencia también puede poseer trascendencia desde una perspectiva *preventivo-especial* (§ 46 I 2) en la medida en que evidencie que las sanciones hasta ahora impuestas al autor no le han conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Sin embargo, tampoco de esta comprobación puede extraerse sin más la conclusión de que a partir de entonces hay que aplicar penas más severas (bajo el lema "more of the same"), especialmente si se tiene en cuenta que ante una elevación de la gravedad de la sanción han de temerse efectos *desocializadores* de mayor gravedad[41]. A menudo, una agravación de la pena frente a quien ya fue sancionado por un delito anterior contradice precisamente el objetivo que persigue el § 46 I 2. En el caso concreto puede suceder algo distinto si, por ejemplo, mediante la imposición de una pena de prisión a suspender condicionalmente debe hacérsele una enérgica advertencia al autor que hasta ahora ha sido castigado reiteradas veces con una pena de multa. Y es que es precisamente con los delincuentes reincidentes donde hay que ponderar cuidadosamente las posibilidades y riesgos de las sanciones a dictar; en estos casos, a la vista de la inseguridad de todos los pronósticos, el tribunal ha de elegir más bien aquella posibilidad de reacción que sea más leve[42].

IV. El comportamiento del autor posterior al hecho

1. De acuerdo con la opinión mayoritaria, el punto de vista suministrado por la conducta subsiguiente al delito que menciona el § 46 II 2 puede ser relevante tanto para la culpabilidad por el hecho (§ 46 I 1) como para la necesidad de pre-

también *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 772-776. *von Hirsch/Jareborg*, Strafmaß págs. 60 ss., pretenden concebir la autoría primaria de un delito como causa de atenuación de la pena, algo que en definitiva nada cambia la agravación de la pena en virtud de reincidencia.

[40] *Horstkotte*, en: *Jehle*, Individualprävention págs. 169-171; *SK (Horn)* § 46 núms. 124-127; *Zipf*, Tröndle-Festschrift pág. 444.

[41] Acertadamente, *Frisch*, ZStW 99 (1987) pág. 772; *SK (Horn)* § 46 núm. 129.

[42] *Frisch*, Prognoseentscheidungen págs. 80 ss.; *Giehring*, en: *Pfeiffer/Oswald* (edrs.), Strafzumessung págs. 102-112.

vención (§ 46 I 2) (BGH 17, 143)[43]. Acerca de la primera, el comportamiento postdelictivo sólo puede ser valorado positiva (por ejemplo, la reparación del daño causado) o negativamente (verbigracia, amenaza a la víctima) cuando el "resultado del hecho" no se considera concluido con la consumación del tipo[44] y todavía siguen teniéndose en cuenta cambios suplementarios del delito provocados por el proceder del autor[45]. Esto tiene sentido en relación con aquellas formas de comportamiento que se encuentran en una estrecha relación temporal con el acontecimiento típico como, por ejemplo, el abandonar a la víctima herida en una situación de desamparo o la eliminación activa de las huellas del accidente unida a la huida del lugar del mismo (§ 142)[46]; en este sentido, pues, el contenido de injusto y de culpabilidad para la individualización de la pena es más extenso que el relativo a la cuestión de la punibilidad. Por el contrario, sucesos que se encuentran más alejados como, por ejemplo, la confesión del autor durante el juicio oral carecen de influencia sobre los "efectos culpabilísticos del hecho", permaneciendo por este motivo sin relevancia para los aspectos vinculados con la culpabilidad del autor[47].

La conducta que el autor desarrolla entre la comisión del delito y su enjuiciamiento admite a menudo conclusiones acerca de la necesidad de una influencia *preventivo-especial*. Por este motivo, hay que valorar favorablemente el "buen comportamiento" que el sujeto adopta tras el hecho durante un largo e ininterrumpido plazo de tiempo (BGH StV 1988, pág. 487; OLG Düsseldorf StV 1993, pág. 310), pues ello indica que no son necesarios amplios esfuerzos dirigidos hacia su reintegración social. De forma más intensa habla a favor del autor el hecho de que tras el delito haya adoptado medidas para evitar su reincidencia posterior como,

---

[43] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 186 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 39; *SK (Horn)* § 46 núm. 132.

[44] Así, sin embargo, expresamente *SK (Horn)* § 46 núm. 132.

[45] En este sentido, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núm. 56; de forma similar (refiriéndose a los "daños producidos a la vigencia de la norma") también *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 779-782.

[46] A menudo tales conductas son punibles de todos modos (en los ejemplos propuestos a través de los § 221 y § 263 respectivamente) y por ello, en consecuencia, a considerar en la individualización de la pena.

[47] La "construcción de las señales doblemente indiciarias" que lleva a cabo la jurisprudencia se caracteriza por ser poco realista (BGH 1, 105; restrictivamente, sin embargo, BGH NStZ 1981, pág. 257; NStZ 1985, pág. 545); según ésta, del comportamiento posterior del autor pueden ser extraídas conclusiones relativas a la actitud interna de éste *en la comisión del delito*; de acuerdo, no obstante, *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 28; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 89; en contra, con razón, *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 779 ss.

por ejemplo, la participación en cursos de reciclaje para conductores tras haber cometido un delito de conducción bajo los efectos del alcohol[48]. Objeto de un tratamiento especial han de ser dos modalidades de conducta postdelictiva que últimamente están siendo objeto de una intensa discusión, a saber, el *comportamiento procesal* del autor, por un lado (vid. *infra* § 83 IV 2), y la *reparación* de las consecuencias del hecho, por otro (vid. *infra* § 83 IV 3).

2. Al tribunal le resulta muy sencillo tener también en cuenta la **conducta** del autor durante el **proceso penal** para una mejor individualización de la pena, especialmente si ello tiene lugar a través de su disponibilidad para confesar y contribuir así a la aclaración del delito —y con frecuencia también a un acortamiento del procedimiento—. Tampoco puede discutirse que el proceso penal sucede temporalmente al hecho y que de esta manera el comportamiento procesal del sujeto queda comprendido por el tenor literal del § 46 II 2 cuando se refiere a la "conducta posterior al hecho". Dificultades plantea sin embargo la cuestión del modo en que ha de ser considerada relevante la actuación procesal del autor para el enjuiciamiento de su culpabilidad y de las necesidades de índole preventivo-especial. De acuerdo con las reflexiones antes expuestas no se plantea un efecto retroactivo del comportamiento procesal sobre la *culpabilidad por el hecho*. Sin embargo, la jurisprudencia ha afirmado parcialmente su posibilidad con la argumentación de que en caso de negativa "impertinente" (vid. BGH 1, 105; BGH NJW 1961, pág. 85) o de declaración sobre la "corrección" del proceder delictivo (BGH 31, 16 [19]) se evidencia una actitud negativa del autor frente al bien jurídico afectado y, con ello, una culpabilidad más elevada[49]. Más lógica que esta deducción psíquica, jurídicamente dudosa, de la conducta defensiva del autor sobre su actitud interna relativa al *hecho*, resulta la suposición de que una **confesión** demuestra que el autor ha reconocido su comportamiento equivocado y que, por este motivo, ha de esperarse una resocialización sin problemas (§ 46 I 2); en cambio, una refutación "obstinada" de los hechos es indicio de una peligrosidad persistente del autor (BGH 32, 165 [182 ss.]; BGH NStZ 1983, pág. 453)[50]. Pero esta reflexión es ya problemática debido a que descansa sobre una base fáctica insegura. Y ello porque, en todo caso, *determinados* motivos (com-

[48] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 216 ss.; *SK (Horn)* § 46 núm. 135.

[49] Mostrándose crítico frente a la jurisprudencia *Dencker*, ZStW 102 (1990) págs. 56 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 46a; *Streng*, Sanktionen pág. 179. A favor sin embargo de una disminución de la culpabilidad a través de una confesión del autor atendiendo a una reducción del daño a la vigencia de la norma, *Frisch*, ZStW 99 (1987) págs. 781 ss.; de modo similar *Jerouschek*, ZStW 102 (1990) págs. 816-818.

[50] Mostrando su acuerdo y suministrando referencias adicionales *Bruns*, Strafzumessung págs. 237 ss.

prensión y arrepentimiento, por un lado, y obstinada hostilidad hacia el derecho, por otro) permiten conclusiones acerca de las expectativas de resocialización del autor[51]; sin embargo, los motivos de una confesión (y también de una negación de la culpabilidad) durante el proceso son difícilmente explicables, especialmente cuando cualquier acusado sabe que una confesión lleva consigo una atenuación de la pena[52]. Asimismo, cualquier toma en consideración del comportamiento procesal en la individualización de la pena colisiona con la máxima procedimental de que el acusado posee libertad para articular su defensa del modo en que desee[53]. Si se recompensa una conducta "colaboradora" en el proceso y, por otra parte, se considera como causa de agravación de la pena la oposición activa a la acusación criminal, se termina por socavar la autonomía procesal del acusado pues éste, en última instancia, es castigado por haberse decidido a favor de una de las dos posibilidades de defensa de las que dispone (obstaculizando así la aportación de pruebas)[54].

La jurisprudencia se hace cada vez más eco de esta objeción. Y así, subraya que un acusado que refuta su autoría no puede ser penalizado por ese comportamiento en la individualización de la sanción, mientras que, por ejemplo, su "pertinaz negativa" (BGH NJW 1955, pág. 1158; NStZ 1983, pág. 581; 1994, pág. 125), la inculpación indirecta de terceros a ella vinculada (BGH NStZ 1985, pág. 453; BGH *Detter* NStZ 1994, pág. 474), la ocultación de la existencia de hombres de atrás (BGH GA 1981, pág. 572) o el rechazo de prestaciones reparatorias (BGH 5, 238) son utilizadas como causas de agravación de la pena[55].

---

[51] *Grünwald*, StV 1987, pág. 454; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 41a; *Schünemann*, Verhandlungen des 60. DJT págs. B 110-B 113; *Weigend*, JZ 1990, pág. 778. Por lo demás, el simple *reconocimiento* de haber actuado equivocadamente (o de forma poco inteligente) no fundamenta todavía la expectativa de que no se cometerán más delitos en el futuro; lo decisivo para ello es su *fuerza de voluntad* para comportarse de acuerdo con la comprensión adquirida.

[52] También es inadmisible que, "en caso de duda", se parta del arrepentimiento y la comprensión de la propia conducta como motivación de la confesión, tal y como se propone por *Schmidt-Hieber*, StV 1986, págs. 356.

[53] Se ha de observar particularmente el principio de que nadie puede ser obligado a colaborar activamente en la aportación de pruebas conducentes a su culpabilidad ("nemo tenetur se ipsum prodere"); vid. al respecto, *SK StPO (Rogall)* nota preliminar núms. 130 ss., antes del § 133. En contra de un efecto agravatorio de la pena derivado de las mentiras del acusado en el proceso *Fezer*, Stree-Wessels-Festschrift pág. 683.

[54] Acertadamente, *Dencker*, ZStW 102 (1990) págs. 59-61.

[55] Igualmente, *Frisch*, ZStW 99 (1987) pág. 782; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 197 ss.; *Schäfer*, Praxis núms. 291-294; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 41.

Por otra parte, sin embargo, la jurisprudencia se aferra a que una confesión tiene un efecto *atenuador* de la sanción (vid. BGH StV 1991, 106 [108])[56]. Esto apenas si posee importancia práctica puesto que el descuento de la pena para autores confesos constituye la base negociadora de la extendida práctica de los *acuerdos procesales*. Por regla general, estos últimos contienen la oferta de la defensa consistente en la confesión total o parcial del acusado que hasta ese momento negaba o guardaba silencio sobre los hechos, siempre que, en función de las circunstancias, ello fuera tenido en cuenta "adecuadamente" en la individualización de la pena en una extensión determinada previamente con exactitud[57]. Tal "comercio" no sólo resulta seriamente objetable por motivos jurídico-procesales[58], sino que también falsean la determinación de la pena al conformarse diferentes "penas normales" para casos pactados y para condenas habidas tras una enérgica defensa[59]. No obstante, la habilidad táctica del defensor en la negociación de la pena no constituye en ningún caso una consideración legítima a valorar en la individualización de la pena.

3. De todas las posibles modalidades de comportamiento que suceden al delito la Ley (§ 46 II 2) pone especialmente de relieve los esfuerzos del autor dirigidos a la **reparación del daño y a la conciliación con la víctima**.

a) Ciertamente que el alivio de las consecuencias materiales o inmateriales del delito no permiten disminuir la culpabilidad del mismo[60]; sin embargo, por diferentes razones sí disminuye la necesidad de un castigo: a través de sus esfuerzos

---

[56] Referencias adicionales en *Bruns*, Strafzumessung págs. 233 ss. Sin embargo, no debe ser concedida ninguna atenuación de la pena si, ante una abrumadora acumulación de pruebas, la confesión obedece sólo a motivos de táctica procesal; *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 29d.

[57] Acerca de tales acuerdo en la realidad jurídica vid. *Schünemann*, Verhandlungen des 60. DJT págs. B 17 ss., con referencias adicionales.

[58] Vid. BGH 36, 210; 37, 298. De la rica literatura existente al respecto vid., por ejemplo, *Dencker/Hamm*, Vergleich, 1988; *Schünemann*, Verhandlungen des 60. DJT págs. B 66 ss.; *el mismo*, StV 1993, pág. 657; *Siolek*, Verständigung, 1993; *Weigend*, JZ 1990, pág. 776.

[59] Igualmente, *SK (Horn)* § 46 núm. 148a.

[60] Algo diverso sólo rige para los casos en los que al poco de la consumación del tipo se desarrolla un "arrepentimiento activo" como, por ejemplo, la destrucción inmediata del dinero falso fabricado (§ 146); vid. *supra* § 83 IV 1. Dado que en el resto de los supuestos [en contra, *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núm. 56 y *Streng*, ZStW 101 (1989) págs. 325-328] no puede ser eliminado retroactivamente el resultado delictivo, no ha de tenerse en cuenta para la determinación de la pena la reparación del daño llevada a cabo por un tercero (por ejemplo, el realizado por compañías aseguradoras); *Bruns*, Strafzumessung pág. 239; *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 40; de otra opinión, *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 215.

por reparar el daño[61] el autor muestra el reconocimiento de su culpabilidad (y con ello la vigencia social de la norma antes infringida), de modo que ya no es necesaria la pena para la confirmación de la vigencia de la norma. Asimismo, la reparación voluntaria del daño evidencia a menudo que ya no es necesario influir tenazmente sobre el autor con la finalidad de prevenir delitos adicionales por su parte[62]. Pero, más allá de esto, por medio de la prestación reparadora el autor anticipa una parte del castigo en tanto que realiza un sacrificio material (o inmaterial, tratándose de otro tipo de esfuerzos compensatorios) para poder satisfacer al ofendido. Por tanto, dado que por medio de los esfuerzos reparadores ya se han cumplido distintos fines de la pena, puede ésta entonces ser atenuada (su alcance, en función de las circunstancias, puede ser considerable)[63].

b) El ámbito de aplicación de la segunda mitad del § 46 II 2 se limita a los casos en los que no interviene el § 46a[64], particularmente allí donde finalmente son infructuosos los esfuerzos del autor por repara el daño[65]. De acuerdo con el § 46a, la compensación eficaz provoca desde un desplazamiento del marco punitivo (§ 49 I) hasta incluso la dispensa de la pena. Asimismo, la *extensión* del esfuerzo reparador empleado por el autor puede también ser tenido en cuenta a efectos atenuantes dentro del marco punitivo ya reducido de acuerdo con los §§ 46a, 49 I.

c) En un primer momento el § 46 II 2 sólo contenía el esfuerzo destinado a la reparación del daño como aspecto a considerar en la individualización de la pena. Con ello se alude primordialmente al intento del autor de compensar *materialmente* la consecuencias

---

[61] La atenuación de la pena no fracasa por el hecho de que, por ejemplo, el ofendido rechace aceptar la prestación compensatoria o colaborar en un procedimiento de conciliación; de ahí que lo decisivo sea sólo la "buena voluntad" —activamente manifestada— del autor; vid. *LK (11.ª) (Gribbohm)* § 46 núm. 211; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 63 núms. 176-179. La Ley no exige expresamente que el autor deba realizar *voluntariamente* los esfuerzos destinados a reparar el daño. Sin embargo, las prestaciones *forzosas* (por ejemplo, si su ejecución viene forzada por parte del ofendido) no quedan en absoluto comprendidas por el sentido literal de la expresión "esfuerzos"; asimismo, en tales casos está ausente una de las bases para la atenuación de la pena, a saber, la disminución de la necesidad de prevención. Por otra parte, no pueden situarse aquí pretensiones demasiado altas en torno a la "voluntariedad" de los esfuerzos, pues a través del proceso penal en marcha y el castigo inminente se encuentra evidentemente limitada la libertad de decisión del autor [vid. AE-WGM págs. 40 ss.; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 213].

[62] *Bruns*, Strafzumessung pág. 239; *Roxin*, Allg. Teil I § 3 núm. 64; *Schöch*, Gutachten zum 59. DJT págs. C 64 ss.; *Streng*, Sanktionen pág. 179.

[63] *SK (Horn)* § 46 núms. 135, 143.

[64] *König/Seitz*, NStZ 1995, pág. 2; de otra opinión ("rango posterior" del § 46a), sin embargo, *Dreher/Tröndle*, § 46a núm. 4 (en contradicción con el § 46 núm. 7).

[65] No obstante, bajo determinados requisitos también el mero empeño de reparar el daño causado puede conducir ya a la atenuación de la pena o a la dispensa de la misma en virtud del § 46a.

del hecho; sin embargo, tampoco está excluida la incorporación en este punto de otros empeños reparadores (por ejemplo, la retractación pública de una afirmación lesiva del honor)[66]. A través de la ampliación producida en el año 1987, en la que se incluyeron los esfuerzos del autor dirigidos a una "conciliación con el ofendido", el legislador quiso crear la posibilidad de tener también en cuenta la participación en programas de conciliación autor-víctima (vid. al respecto *supra* § 81 III)[67]. No están comprendidos expresamente los casos de "reparación simbólica" en los que el autor realiza prestaciones de utilidad social para la compensación del daño ideal como, por ejemplo, a través del trabajo en un hospital para la "reparación" de un delito en grado de tentativa que no ha traído consigo consecuencias dañosas[68]. Sin embargo, no puede existir ninguna duda de que tal empeño dirigido al restablecimiento de la "paz jurídica" debe ser recompensado en la individualización de la pena.

d) Que el autor se empeñe en la reparación del daño tras el hecho no es algo que se plantee en el "caso normal" de la comisión de un delito. De ahí que la prestación de una indemnización del daño o la aspiración a realizar cualquier otro tipo de conciliación con el ofendido siempre deba tenerse en cuenta *en beneficio* del autor; por el contrario, el *omitir* posibles esfuerzos reparadores tampoco puede ser considerado como causa de agravación de la pena aunque el autor no ponga en cuestión su culpabilidad y hubiera estado en situación de llevar a cabo una prestación indemnizatoria a la vista de sus condiciones patrimoniales[69].

V. Especialidades del proceso penal como causa de atenuación de la pena

1. A consecuencia de su delito el autor debe soportar los perjuicios que para él se derivan de la **ejecución del proceso penal**. A veces, sin embargo, tales que-

---

[66] *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 27; *SK (Horn)* § 46 núm. 143.

[67] Acerca del desarrollo y situación de tales programas (también en el extranjero) vid. *Hering/Rössner*, Täter-Opfer-Ausgleich im allgemeinen Strafrecht, 1993; *Marks/Rössner*, Täter-Opfer-Ausgleich, 1990; *Schreckling*, Bestandsaufnahmen, 1991.

[68] Acerca del concepto de reparación simbólica vid. § 1 I 3 AE-WGM (con fundamentación en las págs. 41 ss.).

[69] Acertadamente, *Schönke/Schröder/Stree*, § 46 núm. 40 *in fine*. Por el contrario, la jurisprudencia permite tener en cuenta en perjuicio del autor la omisión de esfuerzos reparadores si éste (ya) no niega su culpabilidad; vid. BGH NStZ 1993, pág. 77; OLG Hamburg NStZ 1989, pág. 226, con comentario crítico de *Hillenkamp*, StV 1989, pág. 532 y *Weigend*, JR 1990, pág. 29. Sin embargo, también puede haber motivos completamente legítimos para no prestar una indemnización reparadora (vid., por ejemplo, el § 254 BGB) por parte de un autor que reconoce su culpabilidad criminal por el hecho. No obstante, puede agravar la pena la frustración intencionada de la restitución de la cosa (por ejemplo, desplazando el botín al extranjero); *Bruns*, Strafzumessung pág. 235; *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 28.

brantos superan la medida de lo normal. Esto puede ser atribuible a negligencias o fallos de los órganos de persecución penal; así sucede, por ejemplo, con el olvido de actuaciones judiciales que retrasan esencialmente la continuación del procedimiento. Para casos extremos en los que la ejecución de un correcto proceso penal ya no aparece posible por culpa de los órganos estatales, se ha tenido en cuenta la posibilidad de considerar el archivo del procedimiento como consecuencia jurídica (BVerfG NStZ 1984, pág. 128; BGH 35, 137; OLG Zweibrücken NStZ 1989, pág. 134)[70]. Sin embargo, por regla general la jurisprudencia intenta compensar los perjuicios adicionales a los que ha sido expuesto el acusado en el proceso a través de una atenuación de la pena. Esto se ha fundamentado sobre el hecho de que como el autor ha tenido que soportar presiones excesivas derivadas del procedimiento, éste ya ha sido castigado (parcialmente) (BVerfG NJW 1993, 3254 [3255]). En función de los distintos grupos de casos ello se argumenta del siguiente modo:

a) El proceso se prolonga durante un periodo **excesivamente largo**. Aquí es la propia extensión temporal del procedimiento la que surte el efecto atenuador (BGH NStZ 1992, págs. 78, 229)[71]. Si es un órgano estatal el *culpable* del retraso entonces ello habrá de ser tenido en cuenta adicionalmente por el tribunal, puesto en este caso también ha sido lesionado el derecho del autor a un juicio rápido reconocido en el art. 6 I EMRK (BVerfG NJW 1993, pág. 3254; BGH 24, 239 [242 ss.]; BGH NStZ 1988, pág. 552)[72].

b) El autor ha sido instigado de forma antijurídica a la comisión del hecho por un **agente provocador** de la policía. También aquí es la intervención de éste como tal la que debe desplegar efectos atenuadores pues la resolución delictiva no partió aquí del autor; su culpabilidad queda por tanto reducida (BGH StV 1984, pág. 368; 1988, pág. 296). Aunque el agente provocador empleado por el Estado sobrepase los límites de lo permitido (verbigracia, por el uso de un medio coactivo), ello no puede conducir a una "pérdida de la acción penal" (en este sentido todavía, BGH NJW 1981, pág. 1626; de

[70] En este sentido también *Hillenkamp*, JR 1975, pág. 138; *el mismo*, NJW 1989, pág. 2841; con un criterio diferenciador *Imme Roxin*, Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße págs. 260 ss.; una profunda exposición sobre el tema en *Scheffler*, Überlange Dauer, 1991.

[71] En beneficio del autor habla aquí sobre todo el hecho de que no haya cometido ningún delito adicional en el lapso de tiempo que media entre la comisión del delito y la sentencia; BGH NStZ 1983, pág. 167; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núms. 229, 238; *SK (Horn)* § 46 núm. 146. Por otra parte, no pueden favorecerle los retrasos del proceso que él mismo ha provocado (verbigracia, por medio de su huida).

[72] *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 35; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 234; vid. al respecto también *Schroth*, NJW 1990, pág. 29; crítico con la jurisprudencia *Wohlers*, JR 1994, pág. 138. En estos casos la atenuación de la pena es comprendida como compensación a la vulneración del derecho de la persona; vid. *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 235.

forma diversa, sin embargo, BGH 32, 345) pero sí a una extraordinaria atenuación de la pena (hasta el límite inferior del marco punitivo legal) (BGH NStZ 1986, pág. 162; StV 1991, pág. 460).

c) El autor es tratado **injustamente en el proceso** de cualquier otro modo; por ejemplo, si no se mantiene una promesa que se le hizo (BGH 37, 10 [13] con comentarios de *Gatzweiler*, NStZ 1991, pág. 46 y *Weigend*, JR 1991, pág. 257; en contra, sin embargo, de una consideración generalizada de las infracciones procesales como causas de atenuación de la pena BGH NStZ 1989, pág. 526).

d) Finalmente, concurre un caso especial del efecto atenuador de defectos procesales cuando una persona ha cometido **falso testimonio** contra el que el acusado, según el § 60 StPO, no habría podido defenderse (BGH JR 1981, pág. 248 con comentario de *Bruns*) o cuando aquélla no fue instruida de su derecho a no declarar como testigo (BGH 8, 187 [190]; BGH StV 1986, pág. 341)[73].

En la mayoría de estos casos el motivo de la atenuación de la pena no reside en una disminución de la culpabilidad o de la necesidad de prevención. La rebaja de la pena sirve exclusivamente para *compensar los defectos procesales*. Dado que realmente el Derecho procesal no dispone de soluciones para la corrección de estos fallos (vid. BGH 24, 239 [240 ss.]), se intenta calmar la "mala conciencia del Estado" a través de una atenuación de la pena[74].

2. Algo distinto sucede en los supuestos en los que al autor se le concede una rebaja de la pena como premio por haber servido de confidente de las autoridades competentes en materia de persecución penal ("**acuerdos con arrepentidos**"). Una disposición de esta naturaleza fue introducida por primera vez en materia de tráfico de drogas (§ 31 BtMG)[75]. De acuerdo con esta disposición el tribunal puede atenuar la pena a través del § 49 II o dispensar al sujeto de su castigo cuando éste, por medio de la revelación de sus conocimientos, ha contribuido al descubrimiento de su propia aportación o a que hayan podido ser impedidos otros delitos vinculados con el tráfico de drogas[76]. A pesar de que la eficacia de esta regulación ha sido como mínimo dudosa para la praxis[77], se han creado después las correspondientes posibilidades de una reducción de la pena para el ámbito

---

[73] *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 154 núm. 17; *SK (Rudolphi)* § 154 núm. 12.

[74] Vid. *SK (Horn)* § 46 núm. 147.

[75] Profundizando al respecto *Buttel*, Kritik der Figur des Aufklärungsgehilfen, 1988; *Jaeger*, Kronzeuge, 1986.

[76] Referencias de la amplia jurisprudencia existente sobre la cuestión en *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 35b; *Körner*, Betäubungsmittelgesetz, § 31 núms. 8-43.

[77] Vid. *Körner*, Betäubungsmittelgesetz, § 31 núms. 4 ss., 49.

del terrorismo (§ 129a) y de la "criminalidad organizada"[78]. Con independencia de otras objeciones[79], en contra de regulaciones de este tipo habla el hecho de que su vigencia hace volar por los aires la aplicación igualitaria de los criterios contenidos en la normativa sobre la individualización de la pena: un autor incriminado considerables veces es castigado más levemente que otro, no porque su culpabilidad fuera menor o por sus posibilidades favorables de resocialización, sino sólo por la ventaja criminalística en el descubrimiento de otros delitos. De esta forma, sin embargo, se instrumentaliza la individualización de la pena para finalidades extrañas a ella[80].

VI. Causas de atenuación de la pena previstas legalmente (§ 49)

1. En numerosos lugares de la Parte general y especial del StGB se anudan **atenuaciones de la pena** a la existencia de circunstancias que disminuyen el injusto o la culpabilidad frente al "caso normal". Ello puede descansar sobre consideraciones de tipo general (por ejemplo, §§ 13 II, 17, inciso segundo, 21, 23 II, 27 II 2, 28 I 2, 46a) o por circunstancias específicas del tipo como, verbigracia, el "arrepentimiento activo" tras el acaecimiento del resultado (por ejemplo, §§ 83a I, 129 VI, 158, 239a IV, 315 VI[81], 316a II[82]; vid. también el § 113 IV). Para la determinación de la medida de la pena en estos casos de **atenuaciones legalmente previstas** el § 49 contiene dos modelos cuya respectiva aplicabilidad se determina a través de la norma de remisión: en el *apartado primero* el marco punitivo del tipo correspondiente se reduce de forma exacta y, en concreto (en la medida en que existan), tanto el límite superior como el inferior. Por el contrario, en el *apartado segundo* está abierta la posibilidad de disminuir el marco punitivo hasta el límite legal mínimo; asimismo, aunque el tipo conmine únicamente con una pena de prisión, puede ser impuesta en su lugar una pena de multa.

---

[78] Arts. 4, 5 de la Ley sobre Modificación del Código penal etc., de 9.6.1989, modificada por la Ley de 28.10.1994 (BGBl. I pág. 1989 I pág. 1059; 1994 I pág. 3193). Crítico con la "Ley sobre arrepentidos", *Lammer*, JZ 1992, pág. 510. [Téngase en cuenta que los arts. 4 y 5 de dicho cuerpo legal han perdido su vigencia a partir del 1.1.2000 (N del T)].

[79] Vid., por ejemplo, *Hassemer*, en: *Amelung* y otros, StV 1989, pág. 72 (págs. 79 ss.); *Kunert/Bernsmann*, NStZ 1989, págs. 456-459; *Weigend*, Jescheck-Festschrift Tomo II, págs. 1348 ss.

[80] No sin razón señala *SK (Horn)* § 46 núm. 148, que la individualización de la pena, a causa de la dudosa mezcla de la necesidad de un privilegio con el principio de la pena adecuada a la culpabilidad, se mueve aquí en un "espacio jurídico libre".

[81] La remisión ha de entenderse realizada al vigente § 320 (N del T).

[82] La remisión ha de entenderse realizada al vigente § 320 (N del T).

2. La disposición contenida en el § 49 que a primera vista parece ser de una exactitud matemática, plantea considerables **dificultades de aplicación** que se manifiestan particularmente cuando aquélla interactúa con otras posibilidades de desplazamiento del marco punitivo.

a) Con la remisión al § 49 II surgen **marcos punitivos** excesivamente **amplios**[83]debido a que la atenuación de la pena es facultativa y que el límite superior del marco punitivo legal permanece intacto de acuerdo con el tenor literal de la disposición.

Ejemplo: De acuerdo con los §§ 81 I, 83a I y 49 II, si el autor desiste de un delito de alta traición y reduce el peligro de que otros intervinientes ejecuten el hecho, el marco punitivo se extiende desde los cinco días-multa[84] hasta la cadena perpetua; además, el tribunal también puede dispensar de la pena al autor.

Es dudoso que la concesión al tribunal de un margen tan ilimitado de decisión sea compatible con el mandato de certeza contenido en el art. 103 II GG. Por lo menos para el caso en el que el órgano judicial se decide por la aplicación del § 49 II, sería deseable que de *lege ferenda* se redujera también el límite superior del marco punitivo. Sin embargo, de acuerdo con el Derecho vigente no se puede acortar el marco punitivo[85], pues falta el criterio para la fijación de un límite superior por debajo del máximo previsto por el tipo.

b) Muchas disposiciones que se remiten al § 49 I prescriben una atenuación *obligatoria* del marco punitivo (por ejemplo, §§ 27 II 2, 35 II 2). En este caso, si concurren los requisitos de la norma remitente, los nuevos límites de la pena se deducen sin más de la Ley. Sin embargo, en muchos supuestos el § 49 I es declarado aplicable sólo *facultativamente* (verbigracia, §§ 17, inciso segundo, 21, 23 II). Es entonces cuando se plantea la cuestión en torno a los criterios a tener en cuenta para la aplicación del marco punitivo atenuado. Según la jurisprudencia el tribunal debe llevar a cabo una "*valoración global*" tanto del hecho como del autor y, sobre la misma, clasificar el delito dentro del marco punitivo ordinario o del atenuado previsto en el § 49 I (BGH 16, 351; 17, 266)[86]. Por el contrario, la doctrina se sitúa mayoritariamente sobre el punto de vista según el cual el marco

---

[83] Acertadamente crítico *Schönke/Schröder/Stree*, § 49 núm. 8.

[84] El límite mínimo se deriva del § 40 II; vid. *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 49 núm. 16; *SK (Horn)* § 49 núm. 10.

[85] A favor de ello, sin embargo, *Bergmann*, Milderung págs. 34-52; *Frisch*, JR 1986, pág. 93 (para la pena máxima, por ejemplo, "casos menos graves" legalmente previstos o el recurso al § 49 I como criterio).

[86] De acuerdo *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 49 núm. 2; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 62 núm. 61; *Schäfer*, Praxis núm. 383.

punitivo aplicable sólo se decide de acuerdo con los puntos de vista materiales contenidos en la disposición que se remite al § 49 I[87]. Este planteamiento también está justificado pues el autor no puede ser privado de la rebaja del marco punitivo que por un motivo concreto el legislador había destinado para él ante la existencia de *otras* consideraciones que hablan a favor de una sanción más rigurosa (vid. *supra* § 49 V 2). De ahí que el resto de las circunstancias referidas al hecho y al autor sólo puedan hacerse valer en la individualización de la pena *dentro* del marco punitivo configurado de acuerdo con el § 49 I.

Ejemplo: El autor intenta cometer un robo en casa habitada pero es capturado antes de que pueda entrar en el edificio. Por otro lado, algunos días antes del hecho el autor había sido condenado por varios robos a una pena de prisión que le fue suspendida condicionalmente. Debido a la escasa cercanía del resultado que presenta la tentativa hay que atenuar la pena de acuerdo con los §§ 23 II, 49 I; sólo dentro de este marco puede ser tenida en cuenta en su perjuicio la incorregibilidad del autor.

c) Con ayuda de una "valoración global" la jurisprudencia intenta solventar el caso también frecuente en el que se plantea tanto una disminución del marco punitivo de acuerdo con el § 49 I ó II como la existencia de un "caso menos grave".

Ejemplo: El autor perpetra una tentativa de robo; su ejecución fracasa porque la víctima no se toma en serio la exigencia de "la bolsa o la vida" que el autor le formula de modo vacilante y acaba huyendo de éste.

Según la jurisprudencia, la circunstancia de que tenga lugar un desplazamiento del marco punitivo de acuerdo con el § 49 I ó II (en el ejemplo propuesto: la permanencia del delito en el estadio de la tentativa) puede fundamentar también *alternativamente* la aceptación de un "caso menos grave" (aquí en virtud del § 249 II) (BGH 16, 360; BGH NStZ 1984, pág. 262; 1987, pág. 72)[88]. De ello se derivan dos variantes del caso:

Si sólo existe una causa de atenuación prevista legalmente, el tribunal tiene que elegir entre aceptar un "caso menos grave" (lo que por regla general es más beneficioso para el autor) o rebajar el marco punitivo del "caso normal" de acuerdo con el § 49 I. El primero sólo es afirmable cuando la imagen global del hecho, incluidos los momentos subjetivos y la personalidad del autor, se desvía tan intensamente del caso medio habitual que el marco punitivo ordinario no sería adecuado a la culpabilidad (BGH NStZ 1984,

[87] *Bergmann*, Milderung págs. 53-59; *Dreher/Tröndle*, § 49 núm. 4; *Frisch*, Spendel-Festschrift págs. 387 ss.; *Horn*, A. Kaufmann-Gedächtnisschrift pág. 573; *Schönke/Schröder/Lenckner*, § 21 núm. 15; *SK (Horn)* § 46 núms. 55-68d; *Streng*, Sanktionen pág. 202.

[88] Ello se deduce de la regulación contenida en el § 50; vid. *Schäfer*, Praxis núm. 384.

pág. 262; 1993, pág. 278)[8990]. Con la aceptación de un "caso menos grave" ya se ha "consumido" la circunstancia atenuante (§ 50), de modo que no puede tener lugar una nueva modificación del marco punitivo en el sentido del § 49 (vid. BGH 33, 92) [9091].

No obstante, si fuera de la causa de atenuación prevista por la Ley (en el ejemplo anterior: § 23 II) existen circunstancias *adicionales* que permiten fundamentar la aceptación de un "caso menos grave" (en dicho ejemplo: la escasa entidad del ataque), entonces el tribunal puede afirmar la existencia de un "caso menos grave" y reducir *su* marco punitivo de a cuerdo con el § 49 I puesto que todavía no se ha "consumido" la causa de atenuación recogida expresamente por la Ley (BGH NStZ 1987, pág. 72)[91].

En la literatura se pone en duda el propio punto de partida de esta jurisprudencia, esto es, que una causa de atenuación prevista legalmente pueda ser empleada (también) para la fundamentación de un "caso menos grave" [92]. Si se separan estrictamente ambos puntos de vista, en determinadas circunstancias se impide al autor el acceso (posible según la jurisprudencia) a la aceptación de un "caso menos grave" que con frecuencia es para él mucho más favorable. Por este motivo, a pesar del espacio de discrecionalidad no regulado, es preferible la solución de la jurisprudencia[93].

VII. La prohibición de la doble valoración (§§ 46 III, 50)

1. Los tipos penales contienen los requisitos mínimos para que alguien sea castigado de acuerdo con los marcos punitivos previstos en ellos. De ahí que sería ilógico *agravar* la pena con la argumentación de que se ha sido realizado uno de los elementos del tipo. Tampoco puede servir para la agravación de la sanción la circunstancia de que el comportamiento del autor es exactamente el que el

---

[89] Acertadamente crítico con esta fórmula tan vaga *SK (Horn)* § 46 núm. 6, § 50 núm. 5, quien propone escoger siempre el marco punitivo más favorable al autor.

[90] *Bruns*, Strafzumessung pág. 70; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 46 núm. 260.

[91] Si concurren varias causas de atenuación previstas legalmente (por ejemplo, comisión de una tentativa en situación de capacidad de culpabilidad disminuida; §§ 21, 23 II), entonces hay que atenuar dos veces el marco punitivo a través del § 49 I (BGH 30, 166; vid. también, no obstante, la BGH 26, 54 relativa a la concurrencia de las posibilidades de atenuación en virtud de los §§ 27 II, 28 I).

[92] *Schönke/Schröder/Stree*, § 50 núm. 3; a favor también de los §§ 213, 250 II, *SK (Horn)* § 46 núm. 69.

[93] Igualmente, *Dreher/Tröndle*, § 50 núm. 2; *Lackner*, § 50 núm. 3; *Schäfer*, Praxis núm. 384. Acerca de las consecuencias jurídicas de la concurrencia de causas de atenuación previstas legalmente con circunstancias que fundamentan un "caso especialmente *grave*" vid. *LK (11.ª) (Gribbohm)* § 46 núms. 250-253; *Schönke/Schröder/Stree*, § 50 núm. 7; *SK (Horn)* § 46 núms. 71-73.

legislador quiso prevenir. Este principio evidente viene a ser expresado por la Ley en el § 46 III[94].

Ejemplos: En las lesiones corporales con resultado de muerte (§ 226[95]) no constituye ninguna causa de agravación de la pena el hecho de que el autor haya puesto en peligro la vida de la víctima (BGH StV 1981, pág. 179); la pena de un delito de falso testimonio no puede ser elevada con el fundamento de que las afirmaciones engañosas provocan daños en la Administración de Justicia (OLG Düsseldorf NJW 1985, pág. 276); el autor que comete un incesto con su propia hija (§ 174 I núm. 3) no puede ver exasperada su pena por el hecho de haber destrozado la familia y de haber abusado de la confianza de su hija (BGH StV 1994, pág. 306).

Sin embargo, ha demostrado ser difícil comprobar qué circunstancias integran el "**standard mínimo**" de la realización del tipo para, en consecuencia, no poder tenerlas en cuenta separadamente en la individualización de la pena[96]. Y es que, por una parte, la mera existencia de los "elementos del tipo legal" no fundamentan ninguna agravación de la pena pero, por otra, no puede existir ninguna duda de que el *alcance* de los elementos del tipo (como, por ejemplo, la *cuantía* del perjuicio patrimonial en el § 263 o la *gravedad* de las lesiones corporales en el § 223a[97]) pueden perfectamente poseer importancia para la individualización de la pena[98]. Para la determinación de la "**imagen habitual del hecho**" (vid. *supra* § 82 II 4) que resulta neutral para la individualización de la pena la jurisprudencia se ha orientado sobre la base de la experiencia criminológica (vid. BGH NStZ 1985, pág. 215; StV 1987, págs. 146, 195); sin embargo, una reciente sentencia (BGH 37, 153) tiende a someter sólo a la prohibición de la doble valoración los requisitos *mínimos* de la realización del tipo, autorizando de este modo la utilización como causas de agravación de la pena de aquellas formas comisivas que ocurren con frecuencia[99].

2. En cierto sentido, el contrapunto a la regulación del § 46 III que, en realidad, se dirige contra las *agravaciones* de la pena, viene constituido por el § 50: esta disposición prohibe la **doble valoración de circunstancias *atenuantes* de**

---

[94] Vid. *SK (Horn)* § 46 núms. 149 ss.; una rica casuística puede encontrarse en *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 37. Profundizando acerca del problema de la prohibición de la doble valoración *Hettinger*, Doppelverwertungsverbot, 1982; *Timpe*, Strafmilderungen, 1983.

[95] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 227 (N del T).

[96] Vid. al respecto *Grasnick*, JZ 1991, pág. 933; *Hettinger*, GA 1993, pág. 1.

[97] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 224 (N del T).

[98] Vid. las referencias contenidas en *Dreher/Tröndle*, § 46 núm. 37a.

[99] En este sentido también la opinión de *Lackner*, § 46 núm. 45; *Schall/Schirrmacher*, Jura 1992, pág. 626; acerca de la BGH 37, 153, vid. también *Grasnick*, JZ 1991, pág. 993; *Neumann*, StV 1991, pág. 256; *Weßlau*, StV 1991, pág. 259.

la pena, esto es, primero para la aceptación de un "caso menos grave" y después, nuevamente, para la disminución del marco punitivo de acuerdo con el § 49 I ó II (vid. *supra* § 83 VI 2c). En este caso no se trata de una prohibición que se deriva de motivos pertenecientes a la lógica normativa, sino de una decisión político-jurídica que debe impedir el "paso" de marcos punitivos ordinarios a otros especiales objeto de una atenuación múltiple.

Ejemplo: Si el autor mata a otro en una situación de estado de necesidad (§ 212) a pesar de que le era exigible tolerar el peligro que él mismo había causado culpablemente, entonces el tribunal puede aceptar la existencia de un caso menos grave de homicidio (§ 213). No obstante, el marco punitivo del § 213 no puede ser nuevamente reducido a causa de la situación de necesidad a través de los §§ 35 I 2, 49 I.

La doctrina mayoritaria interpreta restrictivamente la prohibición del § 50: ciertamente, el autor no se puede beneficiar por segunda vez de la mera *existencia* del elemento modificador del marco punitivo, pero sí de otra circunstancia que se encuentre íntimamente vinculada con dicho elemento; y así, por ejemplo, puede aceptarse un "caso menos grave" a causa de la estrecha relación que media entre el cómplice y el autor principal y, por tanto, poder utilizar la complicidad como tal para la modificación del marco punitivo de acuerdo con los §§ 27 II 2, 49 I (vid. BGH NStZ 1988, pág. 128; StV 1994, pág. 16)[100]. Asimismo, se reconoce muy mayoritariamente la posibilidad de que el punto de vista utilizado para la modificación del marco punitivo sea nuevamente empleado en la medición de la pena *dentro* del marco punitivo resultante (BGH 26, 311)[101].

§ 84 El abono de los perjuicios sufridos durante el proceso a la pena

Dreher, Zweifelsfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB, MDR 1970, pág. 965; *Paeffgen*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 24.ª ed., 1995; *Terhorst*, Anmerkung zu BGH vom 22.10.1991, JR 1992, pág. 341.

La regulación contenida en el § 51, situada en el límite entre la individualización de la pena y su ejecución, señala que son **abonables en la pena** determi-

[100] *SK (Horn)* § 50 núm. 7. Acerca del orden en que debe llevarse el examen en tales casos BGH StV 1992, 371 (372); *Lackner*, § 50 núm. 3.

[101] *Bruns*, Strafzumessung págs. 138 ss.; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 50 núm. 2; *Schäfer*, Praxis núm. 383; *Streng*, JuS 1993, pág. 922; *Timpe*, Strafmilderungen págs. 63 ss.; de otra opinión, *SK (Horn)* § 50 núm. 6.

nados **perjuicios** que el autor ha sufrido a lo largo del proceso. Esto rige sobre todo para la **prisión preventiva** ordenada en virtud de los §§ 112 ss. StPO, pero también para la privación provisional del permiso de conducir (§ 51 V). Bajo determinados requisitos también son abonables penas de prisión y multa que el sujeto ya ha cumplido a causa de otra sentencia que ya es firme (§ 51 II). Esto se deriva ya del principio constitucional (art. 103 II GG) de que nadie puede ser castigado varias veces por el mismo hecho. Las medidas provisionales como la prisión preventiva que se adoptan en el proceso no son en verdad penas, pero la mayoría de las veces despliegan para el afectado el mismo efecto que aquéllas; dado que los sacrificios padecidos por el individuo en beneficio de la comunidad deben ser compensados en la medida de lo posible (idea de "*sacrificio*"), es lógico que tales perjuicios sean tenidos en cuenta en la ejecución de la pena[1].

El abono representa una medida de la **ejecución de la pena**[2]. De ahí que, fuera de los casos en los que existen dudas, no necesite ser mencionada en el fallo de la sentencia (BGH 24, 29; 27, 287)[3] y que tampoco sea tenida en cuenta en perjuicio del autor en la fijación de la pena[4]. Tampoco la exclusión del abono previsto para casos excepcionales (§ 51 I 2) no se presenta como un elemento del castigo del *hecho* enjuiciado, sino que niega al autor la ventaja de su juego a causa de un comportamiento *procesal* "malicioso" (BGH 23, 307)[5].

I. El abono de la prisión preventiva

1. La prisión preventiva debe asegurar que el proceso penal puede ser llevado a cabo en presencia del acusado (vid. § 230 StPO)[6]. Para cumplir este objetivo se le exige al acusado un considerable **sacrificio** a través de la privación de libertad

---

[1] Como aquí, *SK (Horn)* § 51 núm. 3; profundizando en la fundamentación del abono y la indemnización por la privación indebida de libertad sobre la idea del sacrificio, *Paeffgen*, Vorüberlegungen págs. 211-255 (quien incluso acepta una "responsabilidad por el riesgo" del Estado). Aludiendo a simples y "pragmáticas consideraciones de equidad", *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 51 núm. 40.

[2] *Schönke/Schröder/Stree*, § 51 núm. 1; *SK (Horn)* § 51 núm. 2.

[3] No obstante, en el fallo de la sentencia hay que acordar que no tenga lugar el abono de acuerdo con lo estipulado por el § 51 I 2, así como el criterio para que aquél entre en juego en caso de privación de libertad en el extranjero (§ 51 IV 2); *Dreher/Tröndle*, § 51 núms. 20 ss.; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 51 núms. 38 ss.

[4] *Dreher*, MDR 1970, pág. 969; *SK (Horn)* § 51 núm. 3.

[5] *Dreher/Tröndle*, § 51 núm. 12; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 64 núms. 35 ss.; *Schönke/Schröder/Stree*, § 51 núm. 18.

[6] *Roxin*, Strafverfahrensrecht § 30 núm. 1.

(cuya duración, en función de las circunstancias, puede ser larga) que debe ser **compensado**. Si el acusado es absuelto es indemnizado económicamente por la prisión sufrida de acuerdo con los §§ 2 I, 5 III, StrEG[7]. Si es condenado entonces consigue la compensación a través del abono de la prisión preventiva a la pena impuesta (§ 51 I 1). A la prisión preventiva se equiparan otras clases de privación de libertad como, por ejemplo, el internamiento para observación en un hospital psiquiátrico (§ 81 StPO) o la detención provisional en el arresto policial (§ 127 II StPO)[8]. Sin embargo, la privación de libertad sólo se abona a la pena si aquélla fue impuesta con motivo de un hecho que sea o haya sido el objeto del mismo proceso. Según ello, sólo es decisiva la conexión (actual o futura) *procesal* del hecho (en el sentido del § 264 StPO) por el cual fue ordenada la prisión preventiva con el delito enjuiciado (vid. BGH 28, 29)[9].

Ejemplo: En contra del autor se dirige la fase de instrucción de un proceso penal por homicidio (§ 212); en virtud del mismo se decreta contra aquél prisión preventiva. Posteriormente es incluida en el procedimiento la sospecha de un hurto (§ 242) cometido en una fecha diversa. Los indicios de homicidio se muestran finalmente infundados, el autor deja de cumplir prisión preventiva y es acusado y condenado sólo a causa del hurto. Dado que las acusaciones de homicidio y hurto que fundamentaron la prisión preventiva estuvieron unidas en *un* proceso, la prisión preventiva se abona a la pena impuesta en virtud del delito patrimonial.

Sin embargo, no es suficiente con la simple *posibilidad* de conectar a través del § 2 StPO el procedimiento en el que fue cumplida la prisión preventiva con el proceso en el que se condena; en este caso, si el autor no es condenado en el primero de ellos sólo será indemnizado de acuerdo con el § 2 StrEG (OLG Celle NStZ 1985, pág. 168, con comentario crítico de *Maatz*; OLG Düsseldorf StV 1991, pág. 266; OLG Hamburg NStZ 1993, pág. 204)[10].

---

7 Para los casos en los que en virtud de una disposición de carácter discrecional se archiva al proceso o se dispensa de la pena, la concesión de una indemnización queda a criterio del tribunal; vid. §§ 3, 4 StrEG.

8 Es cierto que el cumplimiento de un arresto de acuerdo con la Ordenanza de Disciplina Militar no posee el mismo valor que la prisión preventiva; sin embargo, el principio del Estado de Derecho exige también aquí el abono del tiempo de arresto a la pena criminal; BVerfGE 21, 378 (388-390).

9 *Dreher/Tröndle*, § 51 núm. 5; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 51 núms. 8 ss.; *SK (Horn)* § 51 núm. 8.

10 *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 51 núm. 12; *Schönke/Schröder/Stree*, § 51 núm. 10; *SK (Horn)* § 51 núm. 8; de otra opinión, OLG Frankfurt StV 1989, pág. 489; OLG Nürnberg NStZ 1990, pág. 406; *Dreher/Tröndle*, § 51 núm. 5; *Lackner*, § 51 núm. 3; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 804 nota a pie núm. 30.

2. El **abono** de la privación de libertad sufrida se realiza deduciendo el tiempo de ésta de la duración de la pena de prisión impuesta[11]. Si el autor sólo es condenado a una pena de multa[12] entonces la cantidad de cuotas diarias se reduce de acuerdo con el número de días de privación de libertad (§ 51 IV 1). De acuerdo con el § 41, si se imponen conjuntamente una pena de prisión y otra de multa será el tribunal el que acuerde a cuál de ambas sanciones es abonable la privación de libertad; por regla general ello sucederá, lógicamente, con la pena de prisión[13].

3. También el cumplimiento en el **extranjero** de una prisión preventiva o de una privación de libertad sufrida previamente a una extradición es abonable (§ 51 III) si se refieren al mismo hecho enjuiciado dentro del país, o si el delito investigado en el extranjero y el enjuiciado en el territorio nacional fueron en algún momento objeto del mismo proceso tramitado en el interior (vid. BGH 35, 172 [177 ss.]). Dado que las condiciones penitenciarias en muchas prisiones extranjeras son inigualablemente más duras que en Alemania, en estos casos el tribunal puede modificar discrecionalmente el criterio para el abono y, por ejemplo, deducir dos días de la pena por cada día pasado en el establecimiento extranjero (§ 51 IV 2; vid., verbigracia, OLG Frankfurt StV 1988, pág. 20; OLG Zweibrücken GA 1993, pág. 216; LG Bremen StV 1992, pág. 326; vid. también la BGH 30, 282). De acuerdo con la tesis mantenida por el BGH esto no rige para la prisión cumplida en las prisiones de la RDA (BGH 38, 88), pero las condiciones penitenciarias más gravosas allí soportadas han de ser tenidas en cuenta en la medición de la pena a través del § 46[14].

4. De conformidad con el § 51 I 2, el **abono** de la prisión preventiva puede quedar **excluido** excepcionalmente si ello está justificado a la vista del comportamiento del autor. Por medio de esta formulación el legislador ha dejado claro, ante todo, que el abono no puede ser denegado a causa de la especial gravedad de la culpabilidad del autor[15]. Sin embargo, el rechazo del abono no es admisible como

---

[11] De esta forma pueden derivarse pequeños restos de periodos de ejecución; vid. al respecto *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 64 núms. 24 ss.

[12] La prisión preventiva sufrida no debe ser abonable a una pena patrimonial (§ 43a) [*Lackner*, § 51 núm. 2; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 51 núms. 32, 37]. Esto, sin embargo, no resulta convincente: ciertamente que la pena patrimonial no se menciona por el § 51 I 1, pero ésta es equiparable de un modo tan amplio a la pena de multa (vid. § 43a II, III) que se impone la posibilidad de un abono a esta sanción del perjuicio sufrido con anterioridad a la condena, especialmente si también ha de ser posible el abono en una pena de multa "normal" impuesta adicionalmente a una pena de prisión.

[13] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 51 núm. 35.

[14] Crítico con esta sentencia, *Terhorst*, JR 1992, pág. 341.

[15] *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 51 núm. 44; *SK (Horn)* § 51 núm. 15.

sanción a las acciones "normales" del autor dirigidas a retrasar el proceso como, por ejemplo, las peticiones "superfluas" de recibimiento a prueba (BGH NstE § 51 núm. 7) o la interposición de recursos infundados[16]. Se necesita más bien la evidencia de que el autor haya manipulado conscientemente el procedimiento con la intención de mantener durante el mayor tiempo posible el "disfrute" de la prisión preventiva[17]. Pero, dado que ni siquiera la provocación de causas determinantes de la prisión como, por ejemplo, el intento de fuga, justifican todavía por sí solas el rechazo del abono (BGH 23, 307)[18], apenas si son imaginables supuestos en los que éste no pueda realmente operar.

5. También ha de abonarse la **privación** provisional **del permiso de conducir** (§ 111a StPO). Ésta beneficia al autor en toda su extensión cuando frente al mismo (sólo) fue impuesta una prohibición de conducir en virtud del § 44 (§ 51 V 1)[19]. Por el contrario, si contra él únicamente se adoptó la medida de la privación del permiso de conducir (§ 69), entonces la incautación provisional provoca simplemente un acortamiento de su duración mínima a tres meses de duración (§ 69a IV).

II. El abono de penas ya ejecutadas

A tenor del § 51 II no se han de abonar sólo las medidas adoptadas provisionalmente sino también las penas que han sido impuestas y ejecutadas por sentencia firme. El caso más frecuente en la práctica concurre cuando la pena cumplida es incluida en otra a través de la formación posterior de una pena global (§ 55). No obstante, puede tener también lugar un "doble castigo" si el autor ya ha sido castigado en el extranjero por el delito en cuestión. Dado que el principio "ne bis in idem" (art. 103 III GG) rige sólo dentro de un mismo Estado, en tal caso no queda excluido un nuevo castigo. Sin embargo, a menudo no se articula ninguna acusación si el castigo en el extranjero ha retribuido sustancialmente la culpabilidad del autor (vid. § 153c I núm. 3 StPO). A pesar de todo, si se produce una nueva condena la idea de equidad exige que se abone al fin y al cabo la pena cumplida en

[16] *Dreher/Tröndle*, § 51 núm. 12; *LK (11.ª)(Gribbohm)* § 51 núms. 46 ss., con referencias adicionales; *Schönke/Schröder/Stree*, § 51 núms. 18-20.

[17] Según el art. 69 *schweiz.* StGB queda excluido el abono de la prisión preventiva cumplida, en la medida en que el autor la "haya provocado o prolongado con su comportamiento posterior al hecho"; en la praxis se exige al respecto la existencia de un comportamiento culpable; vid. *Trechsel*, Schweiz. StGB, art. 69 núm. 13. En virtud del § 38 *österr.* StGB el abono ha de llevarse a cabo en cualquier caso.

[18] Con esta resolución queda superada la distinta interpretación suministrada por la BGH GA 1962, pág. 115.

[19] Acerca de los detalles vid. *Schönke/Schröder/Stree*, § 51 núm. 36.

el extranjero (§ 51 III 1). A tal fin puede adaptarse el *criterio* del abono en función de las condiciones penitenciarias del extranjero (§ 51 IV 2; vid. *supra* § 84 I 3).

Capítulo 5: Los requisitos procesales en el StGB

Junto con las disposiciones relativas a la *punibilidad* del comportamiento humano el StGB también contiene determinadas normas que, de acuerdo con la concepción mayoritaria, sólo resultan de importancia para la *perseguibilidad* de las acciones punibles; a saber: la normativa relativa a la querella (§§ 77-77e); *infra* § 85) y a la prescripción (§§ 78-79b; *infra* § 86)[20]. Si falta la querella siendo ésta preceptiva o ha prescrito la persecución penal el acusado no es absuelto sino que el procedimiento se archiva a causa de un obstáculo procesal (§§ 206a, 260 III StPO). La inclusión en el StGB de las normas relativas a la querella y a la prescripción se debe esencialmente a motivos históricos pero también se explica por la estrecha conexión interna de estos institutos jurídicos con el Derecho penal material.

§ 85 Querella y autorización

Barnstorf, Unwirksamkeit des Strafantrags, NStZ 1985, pág. 67; *Bloy,* Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliegungs-und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Fischer,* Sind Behörden beleidigungsfähig? JZ 1990, pág. 68; *Jung,* Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß, ZStW 93 (1981) pág. 1147; *Kauffmann,* Einige Gedanken zum öffentlichen Interesse an der Verfolgung von Körperverletzungen im Sport, Festschrift für Th. Kleinknecht, 1985, pág. 203; *H. Kaufmann,* Strafanspruch, Strafklagrecht, 1968; *Rainer Keller,* Zur gerichtlichen Kontrolle prozessualer Ermessensentscheidungen der Staatsanwaltschaft, GA 1983, pág. 497; *Rolf Keller,* Anmerkung zu OLG Düsseldorf vom 9.1.1987, JR 1987, pág. 521; *Kröpil,* Zur Oberprüfbarkeit der Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses usw., NJW 1992, pág. 654; *Lichtner,* Die historische Begründung des Strafantragsrechts und seine Berechtigung heute, Diss. Heidelberg 1981; *Maiwald,* Die Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren, GA 1970, pág. 33; *M.-K. Meyer,* Zur Rechtsnatur und Funktion des Strafantrags, 1984; *Mittermaier,* Beiträge zur Beantwor-

[20] Referencias sobre la concepción completamente dominante de la naturaleza procesal de las disposiciones relativas a la querella en *LK (11.ª)(Jähnke)* nota preliminar núm. 7 antes del § 77; a favor, sin embargo, de su inclusión en el Derecho penal material *Bloy,* Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe págs. 113 ss.; *H. Kaufmann,* Strafanspruch págs. 152 ss.; a favor de una doble naturaleza de la querella *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 8 antes del § 77. Acerca de la discusión en torno a la clasificación de la prescripción de la persecución penal vid. *infra* § 86 I 1.

tung der Frage: bei welchen Verbrechen soll nur auf Antrag der verletzten Person der Strafprozeß eingeleitet werden? Archiv des Criminalrechts (Neue Folge) 1838, pág. 609; *Naucke,* "Mißbrauch" des Strafantrags? Festschrift für H. Mayer, 1966, pág. 565; *Rieß,* Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren. Gutachten C für den 55. DJT, 1984; *el mismo,* Strafantrag und Nebenklage, NStZ 1989, pág. 102; *Schroth,* Der "vorsorgliche" Strafantrag bei Hausbesetzungen, NStZ 1982, pág. 1; *Vogel,* Das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bei Körperverletzungen, NJW 1961, pág. 761; *Volk,* Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978; *v. Weber,* Die öffentliche Klage bei leichter und fahrlässiger Körperverletzung, MDR 1963, pág. 169; *Weigend,* Deliktsopfer und Strafverfahren, 1989; *Zachariae,* Von den Verbrechen, welche nur auf Antrag des Verletzten verfolgt werden sollen, Archiv des Criminalrechts (Neue Folge) 1847, pág. 390; *Zielinski,* Strafantrag-Strafantragsrecht, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, pág. 875.

I. La querella (§§ 77-77d)

1. Por regla general la persecución penal tiene lugar de oficio sin consideración a los deseos del ofendido (*principio de oficialidad*). Este último, sin embargo, quiebra en toda una serie de delitos, a saber, allí donde es exigido como requisito procedimental la **querella** formal del ofendido; a través de la misma la víctima expresa su deseo de que el autor sea perseguido por el delito cometido contra ella[1]. Estos *delitos perseguibles a instancia de parte* son, por ejemplo, las lesiones corporales básicas dolosas o imprudentes (§ 232[2]), las distintas modalidades de injurias (§ 194; acerca de las injurias a víctimas de determinadas medidas políticas violentas o arbitrarias vid., sin embargo, el § 194 I 2, II 2), el allanamiento de morada (§ 123 II), los daños a cosas y el sabotaje informático (§ 303c), el hurto, la apropiación indebida y la mayoría de los delitos patrimoniales en tanto que sean cometidos frente a los parientes o integrantes de la comunidad doméstica (§ 247) o se refieran a cosas de poco valor (§ 248a), la revelación de secretos (§ 205), los delitos de secuestro (§ 238 I[3]) y las infracciones punibles de los derechos de autor (§ 109 UrhG).

[1] La interposición de la querella es requisito para la articulación de la acusación *pública* que realiza la Fiscalía. En muchos delitos perseguibles a instancia de parte existe además la posibilidad de que el ofendido promueva la persecución del hecho por vía de la *acusación particular* (vid. § 374 StPO). El ejercicio de la acusación particular sólo sustituye a la querella penal si la primera se plantea dentro del plazo de tres meses para su solicitud. El transcurso del plazo se paraliza durante la ejecución del proceso en virtud del § 380 StPO (§ 77b V).

[2] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 230 (N del T).

[3] Actualmente el § 238 se encuentra derogado. Véase el vigente § 235 VII (N del T).

Incluso este catálogo incompleto de delitos perseguibles a instancia de parte apenas deja entrever algún elemento común a los distintos tipos penales. En realidad, el requisito de la querella no descasa sobre un concepto unitario sino sobre distintas consideraciones político-criminales cuyo único enlace común consiste en el objetivo de evitar la imposición incondicional de la "pretensión punitiva" del Estado ante intereses privados opuestos[4]. Desde *Mittermaier*[5] es habitual distinguir **tres motivos** sobre los que puede basarse la ruptura del principio de oficialidad a través de la concesión al ofendido del derecho a que el delito sólo sea perseguido a instancia suya: la escasa importancia del delito (*pensamiento de los delitos bagatela* como, por ejemplo, en el § 123), una estrecha relación personal entre el autor y la víctima que hace recomendable un arreglo extrajudicial (*pensamiento de la reconciliación* como, verbigracia, en el § 247) y protección de la víctima del delito frente a una lesión de su esfera privada a través del proceso penal (*pensamiento de la intimidad* como, por ejemplo, en los §§ 205, 238 I[6]) [7]. Sin embargo, ninguna de estas ideas permite fundamentar el derecho del ofendido a que el procedimiento sólo se ponga en marcha a petición suya: si realmente se trata de bagatelas debería decidirse de acuerdo con criterios objetivos y no en función del arbitrio de la víctima acerca de la necesidad de su persecución; y en cuanto a la reconciliación entre el autor y el ofendido ésta no puede ser promovida a través de un derecho de la víctima a *impulsar* el proceso, sino que la dispensa de la persecución o el castigo pueden presentarse en todo caso como *consecuencia* de dicha reconciliación. No obstante, el ofendido está necesitado de protección en los casos en los que la revelación de acontecimientos privados (por ejemplo, en la revelación de secretos por parte de un médico [§ 203]) puede infligir daños más graves que el delito mismo. Sin embargo, tampoco aquí es el derecho

[4] Tajantemente en contra a causa de dicha finalidad ("fundamentalmente nociva"), por ejemplo, *Binding*, Handbuch págs. 603 ss. nota a pie núm. 5; *v. Liszt*, Lehrbuch 2.ª ed., 1884 pág. 173.

[5] Archiv des Criminalrechts (N.F.) 1838, págs. 617 ss.; de modo similar *Zachariae*, Archiv des Criminalrechts (N.F.) 1847, págs. 391-396. Acerca de la historia sobre la regulación de la querella vid. *Lichter*, Die historische Begründung des Strafantragsrechts, 1981; *Weigend*, Deliktsopfer und Strafverfahren págs. 134-139.

[6] El § 238 se encuentra actualmente derogado. Véase el vigente § 235 VII (N del T).

[7] Ésta o similares clasificaciones pueden verse en *Lackner*, § 77 núm. 1; *LK (11.ª)(Jähnke)* nota preliminar núm. 4 antes del § 77; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 74 núm. 7; *Rieß*, Gutachten C zum 55. DJT núm. 16; *Schönke/Schröder/Stree*, § 77 núm. 4; *Zielinski*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 883 ss.; intentando por el contrario explicaciones monistas *M.-K. Meyer*, Zur Rechtsnatur pág. 48 y *Volk*, Prozeßvoraussetzungen págs. 233 ss. (preservación de la paz jurídica), así como *Bloy*, Strafausschließungs-und Strafaufhebungsgründe pág. 114 y *Maiwald*, GA 1970, págs. 36 ss. (pensamiento de la reconciliación).

a iniciar el proceso penal mediante querella el medio más idóneo, sino que en estos supuestos (y otros similares que no son comprendidos por tal derecho) se le debería conceder a la víctima la posibilidad de solicitar el archivo del proceso y el tribunal poder decidir al respecto tras la ponderación del interés que representa la intimidad frente al que supone la aclaración pública de la sospecha en torno a la comisión de un delito[8].

2. Según nuestro Derecho vigente, la facultad de *impulso* de la causa penal es un derecho a *impedir* la sanción; es determinante la posibilidad que tiene el ofendido de no interponer la querella exigida por la Ley o, en su caso, de retirarla (§ 77d) y, de este modo, poder privar al autor de su castigo[9]. Sin embargo, en un pasado reciente el legislador ha restringido cada vez más dicha posibilidad: muchos delitos perseguibles a instancia de parte importantes en la práctica pueden también ser perseguidos sin necesidad de querella del ofendido en el caso de que la Fiscalía afirme la existencia de un **"interés público especial"** en la persecución penal (vid. por ejemplo, los §§ 183 II, 232 I[10], 248a, 303c). Con ello se sustituye la libre decisión del ofendido por la también libre discrecionalidad de la Fiscalía[11]; nada queda, pues, del aspecto protector de la víctima en este derecho.

3. **Legitimado para la querella** es ante todo el **ofendido**, es decir, a quien corresponde el bien jurídico afectado en el momento del hecho[12]. Aquél es, por

[8] Profundizando en este punto *Weigend*, Deliktsopfer und Strafverfahren págs. 444-455; similar en última instancia *Jung*, ZStW 93 (1981) pág. 1163; *Lichtner*, Die historische Begründung des Strafantragsrechts págs. 130-133. A favor todavía de la "imprescindibilidad" del derecho a que el proceso se inicie sólo mediante querella la 4.ª ed. de esta obra pág. 807.

[9] En repetidas ocasiones se presupone que el ofendido *se merece* el derecho a impulsar el proceso cuando él mismo participa de la culpabilidad del delito o si ya se ha reconciliado anteriormente con el autor; *Barnstorf*, NStZ 1985, pág. 69; *Naucke*, H. Mayer-Festschrift págs. 580-584; *Zielinski*, H. Kaufmann-Gedächtnisschrift págs. 888 ss. Sin embargo, esta concepción no tiene en cuenta el efecto procesal del citado derecho: para el esclarecimiento de los requisitos de tal "merecimiento" debería ante todo ser ejecutado el mismo procedimiento que precisamente no puede tener lugar a causa del derecho al impulso del proceso "merecido"; acertadamente *LK (11.ª)(Jähnke)* § 77 núm. 56.

[10] Actualmente el § 232 se encuentra derogado. Véase el vigente § 230 I (N del T).

[11] De acuerdo con la opinión probablemente mayoritaria de la doctrina la decisión de la Fiscalía acerca de la existencia del "interés público especial" no es revisable judicialmente; BVerfGE 51, 176 (184-187); BGH 16, 225 (228-231); BayObLG NJW 1991, pág. 1765; *Dreher/Tröndle*, § 232 núm. 4; *Kauffmann*, Kleinknecht-Festschrift pág. 210; *Lackner/Kühl*, § 232 núm. 5; de otra opinión, LG München StV 1990, pág. 400; *Kröpil*, NJW 1992, pág. 654; *LK (10.ª)(Hirsch)* § 232 núm. 16; *M.-K. Meyer*, Zur Rechtsnatur págs. 42-44; *Schönke/Schröder/Stree*, § 232 núm. 3; *SK (Horn)* § 232 núm. 4; *Vogel*, NJW 1961, pág. 763; *v. Weber*, MDR 1963, pág. 170.

[12] Una extensa visión acerca de la cualidad de ofendido en distintos delitos perseguibles a instancia de parte puede encontrarse en *LK (11.ª)(Jähnke)* § 77 núms. 25-35. Básicamente, el

ejemplo, el propietario o el titular de la posesión en el hurto (BGH 10, 400 [401]), el perjudicado y no sólo el engañado en la estafa (RG 74, 167 [168]; BGH 7, 245 [246]) y el titular del disfrute de la vivienda en el allanamiento de morada. Caso de que la víctima sea una persona jurídica, el derecho al impulso del proceso le corresponde al órgano competente para su defensa. Si se trata de un ofendido que no posee plena capacidad de obrar su ejercicio corresponde (sólo) al representante legal o, en su caso, al titular de su custodia (§ 77 III)[13]. En algunos casos, la Ley también concede al **responsable del órgano oficial** al que pertenece un funcionario público o un soldado el derecho al accionamiento del proceso cuando uno u otro han cometido un delito (por ejemplo, la violación de datos fiscales reservados [§ 355 III 1]) o han sido víctimas del mismo (verbigracia, de una injuria [§ 194 III][14] o de una lesión corporal [§ 232 II[15]]). Los detalles en esta materia se contienen en el § 77a.

El ofendido también puede confiar a un **representante** (con frecuencia un abogado) la formulación de la querella. Sin embargo, el apoderamiento debe haberse otorgado dentro del plazo de petición para la apertura del proceso (§ 77b) pues su gestión sin el correspondiente mandato es ineficaz (RG 36, 413 [416])[16]. A través de la correspondiente autorización dentro de plazo, la víctima también puede a un tercero la "declaración de voluntad", esto es, la decisión acerca del "si" de la interposición de la querella; aún cuando se trate de la persecución de delitos personalísimos no existe ningún motivo para rechazar el reconocimiento de una delegación del poder de decisión de esta naturaleza[17].

---

derecho se extingue con la muerte del ofendido. Sólo cuando la Ley lo determina especialmente (vid., por ejemplo, §§ 194 I 5, 205 II, 232 I 2 [respecto a esta última disposición véase *supra* la nota núm. 11 (N del T)] es transmisible a parientes cercanos (§ 77 II).

[13] Quien no posee plena capacidad de obrar no posee ningún derecho a impulsar el proceso; *Dreher/Tröndle*, § 77 núm. 10; *Lackner*, § 77 núm. 10. La querella interpuesta por él mismo permanece sin eficacia jurídica aún cuando el ofendido alcance la plena capacidad de obrar (a través de la terminación de su decimoctavo año) dentro del plazo para su interposición (BGH NJW 1994, pág. 1165). Naturalmente, si el autor del delito es el propio representante legal no se plantea su condición de legitimado para el planteamiento de la querella; en caso necesario debe hacerlo quien se encargue de su cuidado; vid. al respecto *LK (Jähnke)* § 77 núm. 48.

[14] Vid. también al respecto *Fischer*, JZ 1990, págs. 73 ss.

[15] Véase *supra* la nota a pie núm. 11 (N del T).

[16] *Dreher/Tröndle*, § 77 núm. 21; *LK (Jähnke)* § 77 núm. 54; *Schönke/Schröder/Stree*, § 77 núm. 29.

[17] Igualmente, *LK (Jähnke)* § 77 núm. 52; de otra opinión, RG 21, 231; *Schönke/Schröder/Stree*, § 77 núm. 27; *SK (Horn)* § 77 núm. 13; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 809.

4. La querella debe ser interpuesta **por escrito** o mediante protocolo de la secretaría del tribunal o de la fiscalía competente (§ 158 II StPO)[18]. En el escrito presentado debe reflejarse claramente el deseo del querellante de que sea perseguido penalmente el delito cometido contra su persona (BGH NJW 1992, pág. 2167). Dado que su denominación como "querella" no es necesaria, puede también bastar con la correspondiente declaración en una denuncia (vid. § 158 I StPO), así como la articulación de una acusación privada o coadyuvante (BGH 33, 114 [116])[19]. La querella se extiende sustancialmente a todas las personas intervinientes en el delito y a la totalidad de los tipos penales realizados con el mismo. No obstante, aquélla es **divisible**, es decir, puede limitarse a algunos de los tipos cometidos en unidad de acción (la víctima que ha recibido una bofetada quiere que el suceso, por ejemplo, sólo se persiga como injuria) y a determinadas personas que han participado en el hecho (BGH 17, 157)[20].

5. La posibilidad de interposición de la querella está **limitada** a un **plazo de tres meses** (§ 77b I). Dicho plazo comienza con el transcurso del día en el que el legitimado ha tenido conocimiento de la terminación del delito (vid. *supra* § 49 III 3) y de la identidad de su autor (§ 77b II 1). En relación con esta última el ofendido debe poseer puntos de apoyo lo suficientemente precisos como para que pueda interponer la querella sin correr el peligro de ser procesado por un delito de denuncia falsa (§ 164)[21]. Existiendo varios legitimados para la interposición de la querella el plazo transcurre individualizadamente para cada uno de ellos (§ 77b III). Dado que se trata de un plazo preclusivo no es posible su interrupción aún cuando el ofendido lo haya dejado pasar sin culpa alguna por su parte[22]. Bajo determinados requisitos la jurisprudencia también admite la interposición de la querella *antes* de la comisión del hecho (BGH 13, 363; OLG Düsseldorf NJW 1982, pág. 2680). Sin embargo, ello sólo es posible cuando el hecho está ya "en marcha"; aquélla abarca también a intervinientes que se incorporan con posterioridad a la realización del hecho (demasiado lejos va, no obstante, la OLG Düsseldorf JR 1987, pág. 520, con comentario crítico de *Keller*)[23].

---

[18] De ahí que no sea suficiente con que el funcionario de policía recoja en un acta oficial el deseo de la víctima de llevar a cabo la persecución penal.

[19] Profundizando acerca de la relación entre la querella y la acusación accesoria o coadyuvante *Rieß*, NStZ 1989, pág. 102.

[20] Ésta es la concepción más generalizada; vid. *LK (Jähnke)* § 77 núms. 17, 19.

[21] Vid. *Lackner*, § 77b núm. 4; *LK (Jähnke)* § 77b núm. 9; *Schönke/Schröder/Stree*, § 77b núm. 10. No es necesario conocer el *nombre* del sospechoso pues basta, por ejemplo, con la matrícula del vehículo (BayObLG NStZ 1994, pág. 86).

[22] *LK (Jähnke)* § 77b núm. 2; *Schönke/Schröder/Stree*, § 77b núm. 1.

[23] *LK (Jähnke)* § 77 núm. 22; rechazándolo de forma general *Schroth*, NStZ 1982, págs. 4 ss.

Tras la conclusión del delito el legitimado puede *renunciar* de modo vinculante a su derecho a impulsar el proceso penal (BGH NJW 1957, pág. 1368). No obstante, aquí debe exigirse que el ofendido formule ante una autoridad competente para la persecución penal una declaración inequívoca cuya forma ha de ser la misma que la que el § 158 II StPO exige para la querella[24].

6. La **retirada** de la querella (§ 77d I), que puede formularse hasta la conclusión definitiva del proceso penal[25], posee un carácter irrevocable. En contra del parecer doctrinal mayoritario[26], también hay que mantener para este *actus contrarius* los requisitos de forma vigentes para la querella que se recogen en el § 158 II StPO, por lo que no es suficiente con la manifestación oral del deseo de retirar la querella que se realiza ante la policía. Una vez que la misma queda revocada eficazmente ya no puede ser interpuesta nuevamente en contra de la misma persona[27] (§ 77d I 3).

II. Autorización y querella (§ 77e)

En lugar de una querella, en algunos delitos que se dirigen contra órganos estatales (por ejemplo, las injurias al Presidente de la República Federal [§ 90 IV], la revelación de secretos oficiales [§ 355b IV]) la Ley exige para la persecución penal una **autorización** formal del órgano competente. Si, de acuerdo con los §§ 102-104, los afectados por el delito son los representantes o los símbolos de Estados extranjeros, entonces es además necesaria la **petición de la persecución penal** por parte del Estado correspondiente. Básicamente, para la autorización y la petición rigen las mismas reglas que para la querella (§ 77e en conexión con los §§ 77, 77d), con excepción de la vinculación a un plazo. En la práctica, es la Fiscalía quien recaba del órgano oficial la autorización para la iniciación del proceso penal[28].

---

[24] LG Kiel NJW 1964, pág. 263; de otra opinión, *LK (Jähnke)* § 77d núm. 8.

[25] Su retirada es posible incluso cuando la sentencia condenatoria es ya firme y en la instancia a la que se ha recurrido debe decidir todavía acerca de la cuantía de la pena; OLG Zweibrücken MDR 1991, pág. 1078; *SK (Rudolphi)* § 77d núm. 2.

[26] RG 8, 79 (80); 55, 23 (24); *Dreher/Tröndle*, § 77d núm. 2; *Lackner*, § 77d núm. 5; *LK (Jähnke)* § 77d núm. 3; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 74 núm. 28; *Schönke/Schröder/Stree*, § 77d núm. 4; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 810.

[27] Pero sí puede interponerse frente a otros intervinientes contra los que no se había dirigido anteriormente; vid. *Dreher/Tröndle*, § 77d núm. 8; *Schönke/Schröder/Stree*, § 77d núm. 9.

[28] *LK (Jähnke)* § 77e núm. 2; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 74 núm. 30.

§ 86 Prescripción

Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs-und Strafaufhebungsgründe, 1976; *Foth,* Fortgesetzte Handlung und Verjährung, Festschrift für R. Nirk, 1992, pág. 293; *Grünwald,* Zur Frage des Ruhens der Vejährung von DDR-Straftaten, StV 1992, pág. 333; *Heuer/Lilie,* Laßt verjähren, was verjährt? DtZ 1993, pág. 354; *Jakobs,* Anmerkung zu BGH 40, 48, NStZ 1994, pág. 332; *H. Kaufmann,* Strafanspruch, Strafklagrecht, 1968; *Klug,* Die Verpflichtung des Rechtsstaates zur Verjährungsverlängerung, JZ 1965, pág. 149; *Kohlmann,* "Überlange Strafverfahren" —bekannt, bedenklich, aber nicht zu vermeiden? Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, pág. 203; *Kratzsch,* Die fortgesetzte Tat: eine Sonderform des Vorsatzdelikts, JR 1990, pág. 177; *Kühl,* Zum Verjährunzsbeginn bei Anstellungs-und Rentenbetrug, JZ 1978, 549; *Letzgus,* Unterbrechung, Ruhen und Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen usw., NStZ 1994, pág. 57; *Lorenz,* Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung, 1955; *Mainz,* Vollstreckungsverjährung bei Führungsaufsicht, NStZ 1989, pág. 61; *Otto,* Schadenseintritt und Verjährungsbeginn, Festschrift für K. Lackner, 1987, pág. 715; *Riedel,* "Schießbefehl" und Verjährung, DtZ 1992, pág. 162; *Rüping,* Beendigung der Tat und Beginn der Vejährung, GA 1985, pág. 437; *Samson,* Die strafrechtliche Behandlung von DDR-Alttaten nach der Einigung Deutschlands, NJW 1991, pág. 335; *Schreiber,* Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsvorschriften usw., ZStW 80 (1968) pág. 348; *el mismo,* Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht, ZStW 107 (1995) pág. 157; *Schünemann,* 17 Thesen zum Problem der Mordverjährung, JR 1979, pág. 177; *Schumann,* Fortgesetzte Tat, Vejährungsbeginn und Art. 103 Abs. 2 GG, StV 1992, pág. 392; *v. Stackelberg,* Vejährung und Verwirkung des Rechts auf Strafverfolgung, Festschrift für P. Bockelmann, 1979, pág. 759; *Volk,* Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978.

Cuanto más tiempo ha transcurrido desde la comisión de un delito menor es su efecto perturbador de la paz social: las consecuencias del hecho desaparecen, sus circunstancias caen en el olvido y el autor encuentra el camino de vuelta hacia la comunidad jurídica. De ahí que, a no ser que a causa de la especial gravedad del hecho, tal y como sucede con el asesinato (§ 211) y el genocidio (§ 220a), el sentimiento de justicia exija todavía muchos años después la aclaración de la autoría y el castigo del culpable, pueda renunciarse a la persecución penal de delitos perpetrados mucho tiempo atrás; ésta ya no es necesaria para el restablecimiento de la paz jurídica e incluso puede, bajo ciertas circunstancias, ser más perjudicial que beneficiosa. Esta reflexión sirve de base para el instituto jurídico de la **prescripción de la persecución penal** (§§ 78-78c) que, simultáneamente, posee el útil efecto de contrarrestar un retraso demasiado grande de dicha persecución por parte de la policía, la fiscalía y los tribunales (BGH 11, 393 [396]). La misma idea justifica también la **prescripción de la ejecución de la pena** (§§

79-79b) en cuya virtud ya no pueden ser ejecutadas sentencias penales firmes tras el transcurso de determinados plazos: también en estos casos la pena se impondría tras un periodo de tiempo tan largo desde la comisión del delito que, a la vista del desarrollo posterior del autor hasta entonces acaecido y del entorno social del hecho, aquélla ya no podría cumplir su función preventiva sino que su imposición sólo sería experimentada como un mal añadido carente de sentido[1].

I. La prescripción de la persecución penal (§§ 78-78c)

1. Esta institución está situada en el límite del **Derecho penal material y el Derecho procesal penal**: su *fundamento* reside esencialmente en Derecho material; su *efecto*, sin embargo, se limita al procedimiento. Esto último comporta consecuencias que se dirigen particularmente a la admisibilidad de modificaciones posteriores de los plazos de prescripción bajo el aspecto de la **prohibición de retroactividad** (art. 103 II GG) a nivel constitucional: dado que la prescripción de un delito no supone modificación alguna en torno a su punibilidad sino que se refiere sólo a su perseguibilidad, el plazo de prescripción, en la medida en que éste no haya expirado[2], puede ser ampliado sin suponer una infracción de la prohibición de retroactividad[3]. Este resultado, a cuyo favor se ha declarado el Tribunal Constitucional en oposición al criterio seguido con la prescripción de los asesinatos cometidos durante el Estado nacional-socialista (BVerfGE 25, 269; vid. también BVerfG NStZ 1994, pág. 480), es indiscutido actualmente en la praxis[4] y se acepta mayoritariamente por la doctrina[5].

---

[1] De modo similar *SK (Rudolphi)* § 79 núm. 1. No obstante, el *efecto* de la prescripción de la ejecución es (sólo) de naturaleza jurídico-procesal; constituye un obstáculo en la ejecución de la pena; *LK (Jähnke)* § 79 núm. 1; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 75 núm. 36; *Schönke/Schröder/Stree*, § 79 núm. 1.

[2] De acuerdo con la visión más extendida, la eliminación retroactiva de una prescripción *ya acaecida* atentaría contra los principios del Estado de Derecho.

[3] El fundamento material de la inaplicabilidad de la prohibición de retroactividad reside en que aunque, ciertamente, el autor puede confiar *de un modo fáctico* en que la persecución de su hecho prescribe en un momento determinado, ello sin embargo es distinto de allí donde el sujeto puede tener certidumbre sobre la impunidad de su comportamiento por la ausencia de una norma jurídica que sirva de fundamento a su punibilidad; vid. *AK (Hassemer)* § 1 núm. 63.

[4] Vid. las disposiciones que en el año 1993 fueron introducidas en el art. 315a I 2, II EGStGB y que parten sin más de la posibilidad de una ampliación posterior de los plazos de prescripción; al respecto vid. *infra* § 86 I 6.

[5] Vid. *AK (Hassemer)* § 1 núms. 62 ss.; *Klug*, JZ 1965, pág. 149; *Lackner*, § 78 núm. 5; *LK (11.ª)(Jähnke)* nota preliminar núm. 11 antes del § 78; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 75 núm. 16; *Roxin*, Allg. Teil I § 5 núm. 58; *Schönke/Schröder/Eser*, § 2 núm. 7; *SK (Rudolphi)*

De ahí que la cuestión de la "**naturaleza jurídica**" de la prescripción sea más bien de carácter académico. Aquí se contraponen tres concepciones en las que la primera resalta el aspecto *jurídico-material*[6], la segunda hace lo suyo con la orientación *jurídico-procesal* (así lo hace la jurisprudencia; vid. RG 76, 159; BGH 2, 300 [306-308]; 8, 269 [270])[7], mientras que la tercera admite la naturaleza "mixta" de este instituto jurídico[8]. Esta última visión es la correcta pues la prescripción no puede ser explicada sólo como una institución jurídica material o procesal. Esta figura encuentra su fundamentación material en la desaparición de la *necesidad* de pena a pesar de la permanencia del *merecimiento* de pena del hecho; sólo así se explica la graduación de los plazos de prescripción (§ 78 III) en función de la gravedad del tipo realizado, así como la imprescriptibilidad del asesinato y del genocidio (§ 78 II). La idea de que el instituto de la prescripción se apoya sobre la reflexión procesal de que a mayor transcurso del tiempo mayores dificultades en la aclaración del delito, hace que su existencia sea innecesaria pues, de acuerdo con el principio "in dubio pro reo", la existencia de obstáculos insuperables en la prueba del delito conducirían sin más al archivo del procedimiento en virtud del § 170 II StPO o a la absolución del acusado[9]. A pesar de que conscientemente el legislador ha afirmado de modo neutral en el § 78 I 1 que la prescripción "excluye el castigo del hecho" (vid. BT-Drucks. V/4095 pág. 43), la concepción global de la normativa sobre prescripción y, particularmente, la vinculación exclusiva de la suspensión y la interrupción de la prescripción (§§ 78b, 78c) a determinados acontecimientos en el *proceso* penal[10], hablan a favor de que aquí la ausencia de la necesidad de pena no deba dar lugar a consecuencias

---

nota preliminar núms. 3-5 antes del § 78; de otra opinión, *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 126; *Dreher/Tröndle,* § 1 núm. 11b (vulneración del principio del Estado de Derecho); *Jakobs,* Allg. Teil 4/9; *Otto,* Grundkurs pág. 19; *Schreiber,* ZStW 80 (1968) pág. 348 (restrictivamente, sin embargo, *el mismo,* ZStW 107 [1995] pág. 182); *Schünemann,* JR 1979, pág. 181.

[6] *Bloy,* Strafausschließungs-und Strafaufhebungsgründe pág. 251; *H. Kaufmann,* Strafanspruch pág. 154; *v. Liszt/Schmidt,* pág. 451; *Lorenz,* Die Verjährung págs. 55 ss.; *v. Stackelberg,* Bockelmann-Festschrift pág. 765.

[7] *Blei,* Allg. Teil pág. 420; *Bockelmann/Volk,* Allg. Teil pág. 18; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 75 núm. 15; *Roxin,* Allg. Teil I § 23 núm. 51; *Rüping,* GA 1985, págs. 437 ss.; *Schönke/Schröder/Stree,* nota preliminar núm. 3 antes del § 78.

[8] *Baumann/Weber,* Allg. Teil pág. 462; *Dreher/Tröndle,* nota preliminar núm. 4 antes del § 78; *Lackner,* § 78 núm. 1; *Löwe/Rosenberg (Schäfer)* Einleitung Capág. 12 núm. 88; *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 10 antes del § 78; *Welzel,* Lehrbuch pág. 262; materialmente también, *LK (Jähnke)* nota preliminar núms. 7-9 antes del § 78; *Volk,* Prozeßvoraussetzungen págs. 225 ss.

[9] *LK (Jähnke)* nota preliminar núm. 9 antes del § 78.

[10] La única excepción viene determinada por el § 78 I núm. 1 (suspensión de la prescripción hasta que la víctima cumpla dieciocho años de edad).

de tipo jurídico-material (por ejemplo, en el sentido de una causa de exclusión de la pena) sino sólo a *repercusiones de carácter procesal*[11]. De ahí que ante el acaecimiento de la prescripción durante el proceso no haya que absolver al autor sino que deba procederse al archivo de aquél[12]; por este motivo el tribunal aplica la normativa sobre prescripción que rige en su partido judicial (y no la que lo hace en el lugar del hecho) (BGH 28, 53 [56 ss.])[13].

2. El cómputo del **plazo de prescripción** sólo puede empezar cuando el hecho ha concluido definitivamente, de modo que pueda ser entablada su persecución penal. Sin embargo, la Ley (§ 78a) expresa esta idea a través de una duplicidad poco razonable al recurrir, por un lado, al acaecimiento del resultado (§ 78a, inciso segundo) y, por otro, a la "terminación" del delito (§ 78a, inciso segundo). De la regulación legal se deduce ante todo que en los delitos de resultado, en los tipos cualificados por el resultado y en los delitos de peligro concreto, la prescripción comienza siempre a partir del acaecimiento del resultado presupuesto por el tipo.

Ejemplos: En el aborto el plazo de prescripción comienza con la muerte del feto (RG DR 1943, pág. 577), en la estafa con el acaecimiento del daño patrimonial (RG 42, 171)[14], en el homicidio por omisión con el advenimiento del óbito y en la riña tumultuaria (§ 227[15]) cuando tiene lugar la consecuencia más grave[16].

En los tipos que sólo exigen una acción u omisión del autor, una u otra deben haber "terminado", esto es, la actuación cumplidora del tipo debe ser ejecutada completamente o haberse interrumpido definitivamente (por ejemplo, a través de la intervención de un tercero)[17]. Más allá de esto la doctrina mayoritaria exige una terminación en el sentido de que haya sucedido una completa lesión del bien

---

[11] Acertadamente, *SK (Rudolphi)* nota preliminar núm. 10 antes del § 78.

[12] *LK (Jähnke)* nota preliminar núm. 16 antes del § 78. Sin embargo, la absolución es necesaria cuando no se ha demostrado el hecho objeto de la acusación y sólo había prescrito la persecución de un tipo de menor gravedad (BGH 36, 40).

[13] Que esto también rija en relación con los delitos a los que es aplicable el Derecho penal material de la RDA, es algo que resulta discutido; vid. al respecto *infra* § 86 I 6.

[14] Profundizando en la cuestión, *Otto*, Lackner-Festschrift págs. 720 ss. En la medida en que la puesta en peligro del patrimonio se considere ya como daño de la estafa, su plazo de prescripción comenzará cuando ocurra aquélla (BGH 22, 38 [40 ss.]; de otra opinión, BGH 27, 342); la doctrina mayoritaria defiende un planteamiento distinto; vid., por ejemplo, *Lackner*, § 78a núm. 4; *LK (Jähnke)* § 78a núm. 5; *Schönke/Schröder/Stree*, § 78a núm. 4.

[15] La remisión debe entenderse realizada al vigente § 231 (N del T).

[16] *LK (Jähnke)* § 78a núm. 12; *Schönke/Schröder/Stree*, § 78a núm. 4.

[17] Acertadamente, *Kühl*, JZ 1978, pág. 551; *Lackner*, § 78a núm. 1; *Otto*, Lackner-Festschrift pág. 716.

jurídico de modo que, por ejemplo, en la estafa haya asegurado definitivamente su beneficio patrimonial (vid. *supra* § 49 III 3)[18].

Ejemplos: La eliminación de residuos peligrosa para el medio ambiente está ya "terminada" con el depósito de los mismos al ser un delito de peligro abstracto (BGH 36, 255 [256 ss.]; OLG Düsseldorf NJW 1989, pág. 537); en cambio, dado que la detención ilegal (§ 239) es un delito permanente, ello sólo sucede cuando la víctima recupera la libertad (BGH 20, 227). La actividad de espionaje constitutiva de traición al país (§ 98) finaliza con la ruptura de las relaciones con el poder extranjero (BGH 28, 169) y la omisión del deber de socorro (§ 323c) con la desaparición de la situación de necesidad o la posibilidad de auxilio del autor[19].

3. En el **asesinato** (§ 211) y en el **genocidio** (§ 220a) se **excluye cualquier prescripción**[20]. En los restantes delitos el **plazo de prescripción**, que de acuerdo con el § 78 III puede situarse entre los tres y los treinta años, está en función de la *pena* conminada por el tipo correspondiente en su consideración abstracta (vid. *supra* § 7 IV 2, 3) sin atender a las causas innominadas de agravación o atenuación de aquélla (§ 78 IV). Para los **delitos restrictivos de la libertad de prensa** rigen regulaciones especiales de acuerdo con las leyes regionales competentes; en parte de éstas la prescripción tiene ya lugar tras el transcurso de seis meses (por ejemplo, § 25 I PresseG NRW)[21].

4. Cuando ha sido dictada sentencia en primera instancia ya no puede tener lugar la prescripción de la persecución (§ 78b III; vid. también el § 78c III 3); los retrasos en el procedimiento de recursos quedan, pues, sin consecuencias en orden

---

[18] Así, *Dreher/Tröndle*, § 78a núm. 2; *LK (Jähnke)* § 78a núms. 1-3; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II § 75 núm. 22; *SK (Rudolphi)* § 78a núm. 3. No obstante, la doctrina mayoritaria no puede explicar la necesidad del § 78a, inciso segundo, dado que la terminación "en sentido material" presupone siempre el acaecimiento del resultado (vid., sin embargo, la interpretación suministrada por *SK [Rudolphi]* § 78a núm. 4, donde el § 78a, inciso segundo, sólo es referido a los delitos cualificados por el resultado).

[19] La problemática del comienzo del plazo de prescripción en *delitos continuados* (vid. al respecto BGH 36, 105; BVerfG NJW 1992, pág. 223; *Foth*, Nirk-Festschrift pág. 293; *Kratzsch*, JR 1990, pág. 177; *Schumann*, StV 1992, pág. 392) se agrava sustancialmente a través del amplio cometido de esta figura jurídica (BGH 40, 138), pues cada hecho particular prescribe con anterioridad que el delito continuado en su conjunto. Acerca de los problemas especiales del comienzo de la tentativa en el *delito fiscal* vid. *LK (Jähnke)* § 78a núm. 6, con referencias adicionales.

[20] Según el § 78 IV ello rige también para la tentativa de asesinato y la complicidad en el mismo (OLG Frankfurt NJW 1988, pág. 2900). Acerca de los antecedentes históricos de la exclusión de la prescripción en el asesinato vid. *LK (Jähnke)* § 78 núm. 5.

[21] La prescripción comienza aquí ya con la (primera) publicación o distribución de la obra impresa (vid. BGH 25, 347; 33, 271).

a la prescripción[22]. En determinados casos la prescripción **se suspende** hasta tanto que el autor no pueda ser perseguido por razones jurídicas (§ 78b I núm. 2)[23]. Esto puede darse en el supuesto de que existan causas *personales* para ello como, verbigracia, cuando el autor disfruta de inviolabilidad parlamentaria (§ 78b II), o allí donde concurran causas *materiales* como, por ejemplo, cuando con anterioridad a la continuación del proceso penal hay que aclarar una cuestión prejudicial extrapenal a través de un procedimiento particular (vid., verbigracia, el § 154e III StPO), o si debe esperarse a la posibilidad de una terminación del proceso sin castigo (§ 59 StGB, § 153a III StPO). Finalmente, la prescripción también se suspende en la medida en que una persecución penal esté excluida debido a acontecimientos bélicos o por motivos similares a causa de la "paralización de la Administración de Justicia" (vid. el § 203 I BGB) (BGH 1, 84 [89]); y ello a pesar de que el requisito del § 78b I núm. 2 consistente en que "de acuerdo con la Ley" no pueda ser comenzada o continuada la persecución, no se cumple realmente en estos casos en los que acaece un perjuicio externo[24].

A través del § 78b IV, introducido en el año 1993, se equiparó a las causas *jurídicas* para la suspensión de la prescripción en casos especialmente graves de delitos de gran importancia, la causa *material* consistente en no poder analizar dentro del plazo regular de prescripción la totalidad del material necesario para el enjuiciamiento: particularmente, tras la apertura del juicio oral en los delitos económicos graves tiene lugar una duplicación de hasta diez años del plazo ordinario de prescripción, de modo que el tribunal no deba temer durante la tramitación del plenario a la expiración de dicho plazo ordinario fijado en cinco años.

Fuera del contexto sistemático del § 78b, e introducida en 1994, se encuentra la nueva regulación del § 78b I núm. 1, en cuya virtud se suspende la prescripción de determinados delitos sexuales (§§ 176-179) hasta que el ofendido cumple dieciocho años. El objetivo de esta disposición es evitar la prescripción de hechos consistentes en el abuso sexual de niños hasta que la víctima se encuentre real-

[22] Acertadamente crítico al respecto *Kohlmann*, Pfeiffer-Festschrift págs. 212 ss.

[23] Acerca de su delimitación frente a los obstáculos *materiales* del procedimiento que no paralizan el transcurso del plazo de prescripción, *LK (Jähnke)* § 78b núm. 2.

[24] Vid. *LK (Jähnke)* § 78b núm. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, § 78b núm. 6; *SK (Rudolphi)* § 78b núm. 9. Para el periodo de tiempo comprendido entre 1945 y 1949 fue aprobada la suspensión de la prescripción a través de una Ley propia (BGBl. 1965 I pág. 315); vid. también el art. 1 de la Ley sobre la suspensión de la prescripción de hechos ilícitos cometidos en el Partido Socialista Unificado Alemán (SED) (BGBl. 1993 I pág. 392), que tuvo por finalidad la suspensión de la prescripción de delitos que por razones políticas no fueron perseguidos en la RDA.

mente en situación de poder poner en marcha el proceso a través de una denuncia (BT-Drucks. 12/2975 pág. 4).

5. La adopción de determinadas medidas procesales frente al acusado provoca que la prescripción sea interrumpida y, posteriormente, que empiece nuevamente a correr la totalidad del plazo establecido para la prescripción (§ 78c III 1); la Ley describe este efecto a través del concepto algo equívoco de la **"interrupción" de la prescripción**. Sobre la base de esta regulación, y a través de la aprobación repetida durante intervalos regulares de tiempo de las medidas especificadas en el § 78c I núms. 1-12 (por ejemplo, interrogatorio judicial del acusado u ordenación de registros), podría ser prorrogado el acaecimiento de la prescripción durante todo el tiempo que se quisiera sin llegar a impulsar realmente el procedimiento. Para evitar este resultado el § 78c III 2 fija el doble del plazo regular de prescripción (y, en su caso, tres años para plazos cortos de prescripción) como límite máximo (la denominada **prescripción absoluta**): con independencia de todas las interrupciones admisibles la prescripción tiene lugar cuando se ha alcanzado dicho término.

Ejemplo: En un proceso penal originado por una estafa (pena máxima, cinco años de prisión) el plazo de prescripción alcanza los cinco años en virtud del § 78 III núm. 4. Aún cuando la prescripción fuera interrumpida en diversas ocasiones de acuerdo con el § 78c I, la prescripción operaría definitivamente transcurridos diez años si hasta ese momento no se ha dictado sentencia en primera instancia (§ 78c III 2, 3, en conexión con el § 78b III).

El § 78c I especifica como actuaciones procesales que interrumpen la prescripción los puntos angulares más importantes del proceso penal (por ejemplo, el primer interrogatorio del acusado, el procesamiento o la apertura del juicio oral), pero también determinadas actuaciones judiciales indagatorias (el encargo de un dictamen a un especialista, un registro, una incautación o la solicitud de asistencia judicial)[25]. Su nota común consiste en que documentan la voluntad del Estado de llevar a cabo el proceso penal. Discutido es el efecto interruptor de la prescripción de aquellas medidas que se adoptan exclusivamente con miras al acaecimiento de una prescripción inminente y que no vienen a impulsar realmente el procedimiento. Es seguro que carecen de influencia para el transcurso del plazo

[25] Las medidas deben dirigirse en contra de un acusado concreto (por ejemplo, la orden de registro a un tercero dictada en virtud del § 103 StPO no interrumpe la prescripción); no obstante, no es necesario todavía que conste su *nombre* (BGH wistra 1991, pág. 217; OLG Karlsruhe NStZ 1981, pág. 331; *Schönke/Schröder/Stree*, § 78c núm. 24; *SK [Rudolphi]* § 78c núm. 6). Además, la medida debe estar al servicio de la Administración de Justicia penal alemana; de ahí que no sea suficiente con la ejecución en territorio nacional de una comisión rogatoria extranjera (BayObLG NStZ 1993, pág. 441).

de prescripción aquellos actos que son ya procesalmente ineficaces como, por ejemplo, un escrito de acusación ineficaz a causa de la indeterminación de su contenido (vid. § 200 StPO) (OLG Bremen StV 1990, pág. 25) o actuaciones aparentes que son revocadas inmediatamente[26]. Han de ser también tenidas por irrelevantes aquellas medidas que objetivamente, de acuerdo con el juicio *ex ante* de un partícipe razonable del proceso, no pueden tener una finalidad impulsora del procedimiento tal y como sucede, verbigracia, con el acuerdo repetido acerca de la investigación de la residencia (§ 78c I núm. 10) en un país donde es sabido que no existe una red de auxilio judicial, de un acusado que se encuentra "desaparecido" (un caso fronterizo puede verse en la BGH 37, 145). En los demás supuestos no resulta decisiva ni la legalidad procesal de la medida recogida en el § 78c I ni la orientación volitiva interna —que de todos modos no hay que indagar con posterioridad— del órgano de persecución penal[27].

6. Surgieron problemas jurídicos especiales en relación con la prescripción de la persecución de delitos que fueron cometidos en la **RDA**. Acerca de estas cuestiones que, al menos en parte, son sumamente complicadas y discutidas, sólo puede suministrarse aquí una visión a grandes rasgos de las mismas[28] (en torno al Derecho extranjero vid. la 4.ª ed. de esta obra pág. 816).

a) En los delitos que durante la existencia de la RDA (esto es, con anterioridad al 3.10.1990) fueron cometidos en territorio o por personas sometidas al Ordenamiento jurídico de aquélla, hay que decidir ante todo si han de enjuiciarse de acuerdo con el Derecho de la República Federal Alemana o de conformidad con el de la RDA. En la medida en que en el momento de la comisión fuera ya aplicable el Derecho penal material alemán occidental, éste también resultará aquí de aplicación (art. 315 IV EGStGB). Si en aquel entonces el hecho se sometía al Derecho penal de la RDA, entonces la normativa aplicable es aquella que en cuanto a su resultado sea más favorable para el autor (art. 315 I 1 EGStGB en

[26] *LK (Jähnke)* § 78c núm. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, § 78c núm. 6. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en muchos casos la interrupción de la prescripción tiene lugar con el *acuerdo* de una medida (§ 78c I núms. 1, 2, 4; vid. también el § 78c II), de modo que no es trascendente si también fue *ejecutada* aquélla (BGH NStZ 1985, pág. 545).

[27] De forma similar también *Dreher/Tröndle*, § 78c núm. 7; *LK (Jähnke)* § 78c núm. 11; *Schönke/Schröder/Stree*, § 78c núm. 3; más estrechamente (sosteniendo la inexistencia de la interrupción de la prescripción en actuaciones procesales "sin razón material") *Lackner*, § 78c núm. 16; *SK (Rudolphi)* § 78c núm. 7; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 815, invocando la sentencia BGH 25, 6 (8), dictada al amparo del Derecho anterior.

[28] Un buen resumen de la problemática con referencias bibliográficas adicionales puede encontrarse en *Heuer/Lilie*, DtZ 1993, pág. 354; *Letzgus*, NStZ 1994, pág. 57; *LK (Jähnke)* § 78c núms. 38 ss.

conexión con el § 2 III). Sin embargo, en este principio de la normativa más favorable *no* se ha de considerar la cuestión de la prescripción pues en este punto el art. 315a I EGStGB se refiere a una reglamentación especial (BGH 40, 48 [56] con comentario crítico de *Jakobs*, NStZ 1994, pág. 332).

b) Por lo tanto, en torno a la cuestión de la prescripción se ha de decidir con independencia de cuál sea el Derecho material aplicable al delito. Además, el legislador ha partido inequívocamente de que la normativa sobre prescripción no se debe corresponder aquí sin más con el *Derecho procesal* que ha de aplicar el tribunal que conoce del hecho (y que sería, en todo caso, el Derecho de la República Federal de Alemania, esto es, los §§ 78-78c); y ello puesto que según el art. 315a I 1 EGStGB se ha de mantener la ausencia de prescripción de un delito en la medida en que éste, *de acuerdo con el Derecho de la RDA*, no estuviera prescrito en el momento de la adhesión (3.10.1990), una regulación que desde luego carecería de sentido si los tribunales sólo tuvieran atenerse a los §§ 78-78c para decidir acerca de la prescripción. Se aceptó, más bien, que en la fusión de ambas partes de Alemania la RDA "transfirió" hasta cierto punto al nuevo Estado las "pretensiones punitivas" que poseía frente a sus ciudadanos, algo que ciertamente hacía en aquella situación (de no prescripción) en la que en ese momento se encontraban dichas "pretensiones"[29].

De ello se derivan las siguientes consecuencias: si un delito cometido en la RDA estaba sometido al Derecho penal material de la República Federal de Alemania (art. 315 IV EGStGB), entonces su prescripción se rige según los §§ 78-78c. Si, *con anterioridad* al 3.10.1990, al delito sólo le resultaba aplicable el Derecho de la RDA, este último regirá para la prescripción en tanto que de acuerdo con el mismo el delito estuviera ya prescrito a fecha de 3.10.1990 (deducción a *sensu contrario* del art. 315a I 1 EGStGB). Si en ese momento el hecho todavía no estaba prescrito entonces los §§ 78-78c serán aplicables para la cuestión de la prescripción. No obstante, el art. 315a I 3 EGStGB simula para el día de la reunificación alemana una *interrupción* de la prescripción, de modo que a tal día todos los plazos de prescripción recogidos en el § 78 III han empezado a correr nuevamente. Con todo, los delitos están en cualquier caso prescritos si ha expirado el plazo "absoluto" de prescripción del § 78c III 2, a contar desde el día de su comisión (art. 315a I 3, segunda mitad, EGStGB).

Ejemplo: El 1.10.1986 el autor ha cometido en la RDA un delito de daños que, de acuerdo con el § 183 StGB de dicho país, podía ser castigado con una pena de prisión

[29] Vid. *Letzgus*, NStZ 1994, pág. 57; *Riedel*, DtZ 1992, págs. 167 ss.; *Samson*, NJW 1991, pág. 337; véanse también, no obstante, las objeciones de *Grünwald*, StV 1992, págs. 335 ss.

de hasta dos años. Según el § 82 I núm. 2 del StGB de la RDA tal delito prescribiría en cinco años, esto es, el 1.10.1991. Así pues, el 3.10.1990 no había tenido lugar todavía la prescripción. De este modo al hecho le es aplicable el § 78 III núm. 5 (en conexión con el § 303 o el § 183 StGB de la RDA); según este precepto el plazo de prescripción se sitúa en tres años. Pero dado que el 3.10.1990 se simula una interrupción de la prescripción (art. 315a I 3 EGStGB), el plazo de prescripción finalizaría el 3.10.1993. No obstante, de conformidad con el § 78c III 2 en conexión con el § 78 III núm. 5, entra en juego el plazo "absoluto" de prescripción fijado en seis años tras la comisión del delito, de modo que los daños ocasionados estarían ya prescritos el 1.10.1992.

Dado que, con esta normativa, muchos delitos de menor gravedad que fueron cometidos en los últimos años de existencia de la RDA habrían prescrito antes de que hubiera sido posible su persecución bajo las difíciles condiciones de transición del sistema político, se ampliaron los plazos de prescripción para determinados delitos hasta final de 1995 y 1997 (art. 315a II EGStGB)[30].

c) Especiales problemas ha planteado la cuestión de la prescripción de aquellos delitos que fueron cometidos con la aprobación de la cúpula política de la RDA (**"criminalidad gubernamental"**); en particular, aquí también se plantean los casos de obstaculización violenta de la "huida" hacia la República Federal de Alemania. En su mayor parte, estos hechos habrían estado ya prescritos el 3.10.1990, tanto de acuerdo con el Derecho de la RDA como también con el de la República Federal. Sin embargo, para posibilitar su persecución se decretó, por medio de la Ley de 26.3.1993 (BGBl. I pág. 392), la *suspensión* de la prescripción durante el periodo comprendido entre 1949 y 1990 de aquellos delitos "que fueron cometidos durante el dominio del régimen ilegal del Partido Socialista Unificado Alemán (SED) y que, por razones políticas u otros motivos sustancialmente incompatibles con los principios propios de un Ordenamiento liberal sometido al Estado de Derecho, no hayan sido castigados por su correspondencia con la voluntad expresa o presunta del Estado y de la dirección del Partido de la antigua República Democrática Alemana"[31]. De este modo no han prescrito, en el sentido del art. 315a I 1 EGStGB, la totalidad de los delitos perpetrados por la cúpula de la RDA que no han sido perseguidos por razones políticas y, por ello,

[30] Como esta ampliación de los plazos que entró en vigor el 30.9.1993 no regía para los casos que ya se encontraban prescritos, en el ejemplo expuesto en el texto principal el delito de daños seguiría sin poder ser perseguido.

[31] Esta Ley no puede ser rechazada por considerarla "expresión de una opinión de naturaleza político-jurídica"; así, sin embargo, *LK (Jähnke)* § 78c núm. 47; de forma similar también lo hace de hecho la BGH 40, 113 (115-118), donde la suspensión de la prescripción es apoyada sobre la aplicación analógica del § 83 núm. 2StGB-RDA.

pueden ser objeto de persecución de acuerdo con los principios expuestos *supra* § 86 I 6b. Según el art. 315a I 2 EGStGB ello rige aún cuando los hechos *también* fueran punibles de acuerdo con el Derecho alemán occidental[32] y hubieran estado prescritos conforme al mismo, pues de acuerdo con la concepción dominante la República Federal de Alemania ha asumido las "pretensiones punitivas" existentes de la RDA y las puede hacer valer con independencia de las suyas propias que ya no podrían ser realizables a causa de la prescripción (BGH 40, 48 [58 ss.]; 113 [115-118]).

II. La prescripción de la ejecución penal (§§ 79-79b)

1. La imposición en virtud de sentencia firme de una pena o una medida de seguridad comporta necesariamente la ejecución de la pena o medida acordada. Sin embargo, si esto último no tiene lugar durante un largo periodo de tiempo —y ello aunque sólo sea porque el condenado se sustrae a su sometimiento al haberse fugado—, entonces la pena pierde su relación con el hecho. De ahí que también en este aspecto juegue la prescripción (§ 79). Los **plazos** para ello, cuya duración está en función de la gravedad de la pena impuesta (§ 79 I 3), son aquí sin embargo mucho más largos que en la prescripción de la persecución penal. Las penas por asesinato y genocidio pueden ser ejecutadas sin límite alguno de tiempo (§ 79 II); y lo mismo sucede con la custodia de seguridad (§ 79 IV 1) pues su acuerdo se basa sobre la suposición de la permanencia de la peligrosidad del autor (§ 66 I núm. 3). Con excepción de la libertad vigilada[33] y del primer internamiento en un centro de desintoxicación, para el resto de las medidas de seguridad rige el plazo largo de prescripción de diez años (§ 79 IV 2, 3).

2. La prescripción de la ejecución **comienza** cuando la sentencia deviene firme y, en caso de que posteriormente tenga lugar la formación de una pena global (§ 55), cuando adquiera firmeza el pronunciamiento de esta última (BGH 30, 232; OLG Zweibrücken NStZ 1991, pág. 454). La prescripción **se suspende** en tanto que, por motivos jurídicos, la sanción no pueda ser ejecutada o el condenado se libere de la misma en virtud de, por ejemplo, la suspensión condicional de la pena o a través de una moratoria en el pago de una pena de multa (§ 79a). Si

[32] Este puede ser, por ejemplo, el caso de un resultado que acaece en el territorio alemán occidental como consecuencia de una acción llevada a cabo en la RDA (disparo realizado por un soldado de la frontera sobre un fugitivo que la atraviesa).

[33] Acerca del problema de la prescripción de la ejecución en la libertad vigilada vid. *Mainz*, NStZ 1989, pág. 61.

el condenado se encuentra en el extranjero y no puede ser extraditado, entonces el tribunal competente para la ejecución de la sanción (§ 462a I StPO) puede **prolongar** por una vez el plazo de prescripción (§ 79b).

Capítulo 6: La rehabilitación del condenado

Un país obligado por el principio del Estado social (BVerfGE 35, 202 [235 ss.]) no puede conformarse con castigar al infractor de la norma, sino que también debe preocuparse de que éste, tras el cumplimiento de la pena, obtenga un lugar adecuado en la sociedad. Esto puede tener lugar por medio de un auxilio práctico (asistencia post-penitenciaria)[1], pero también a través de medidas de naturaleza jurídica. A estas últimas pertenece la restricción del acceso a la información sobre los delitos por los que ha sido castigado el autor; ello es posible a través de la normativa que integra el *Derecho registral penal* (*infra* § 87). También la dispensa (de una parte) de la pena llevada a cabo mediante *indulto* (*infra* § 88)[2] está al servicio de la reintegración del delincuente en la comunidad.

Una forma especial de reparación de ilícitos estatales, que aquí no puede ser discutida más detalladamente, viene suministrada por la rehabilitación e indemnización de las víctimas de medidas de persecución penal contrarias al Estado de Derecho adoptadas en la RDA, que lleva a cabo la Primera Ley para la aclaración de los ilícitos cometidos por el Partido Socialista Unificado Alemán (SED) de 29.10.1992 (BGBl. I pág. 1814). Esta Ley revoca las condenas penales impuestas a personas que fueron objeto de persecución política en la RDA y concede a los afectados prestaciones compensatorias e indemnizatorias[3].

§ 87 Las inscripciones y su cancelación en el Registro Central Federal

Bruns/Schröder/Tappert, Bereinigung von Justiz-Unrecht der DDR, NJ 1992, págs. 394, 436; *los mismos,* Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz. Kommentar, 1993; *Creifelds,* Straftilgung und Verwertungsverbot, GA 1974, pág. 179; *Delaquis,* Die Rehabilitation Verurteilter, 1906; *Dreher,* Zur Sperrwirkung des § 49 BZRG usw., JZ 1972, pág. 618; *Götz,* Das Bundeszentralregister, 3.ª ed. 1985; *el mismo,* Das Verwertungsverbot des

[1] *Kaiser/Kerner/Schöch,* Strafvollzug § 20 núms. 24-27.

[2] Acerca del concepto y la historia de la rehabilitación vid. *Delaquis,* Die Rehabilitation, 1906; *Kohlrausch,* ZStW 41 (1920) pág. 184; *Rebmann/Uhlig,* BZRG Einleitung núms. 20-29.

[3] Más detalladamente, *Bruns/Schröder/Tappert,* Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz. Kommentar, 1993; *los mismos,* NJ 1992, págs. 394, 436.

BZRG, JZ 1973, pág. 496; *Haffke,* Hat das BZRG eine Konzeption? GA 1975, pág. 65; *Kaiser/Kerner/Schöch,* Strafvollzug, 4.ª ed. 1992; *Kalf,* Die Fristen des Bundeszentralregistergesetzes in der strafrechtlichen Praxis, StV 1991, pág. 132; *Kohlrausch,* Rehabilitation, ZStW 41 (1920) pág. 184; *Rebmann/Uhlig,* Bundeszentralregistergesetz, 1985; *Terhorst,* Resozialisierung auf Kosten umfassender Wahrheitserforschung, ZRP 1973, pág. 5; *Tremml,* Die Rechtswirkungen der Straftilgung, Diss. München 1975; *Willms,* Anmerkung zu BVerfGE 36, 174, JZ 1974, pág. 221.

En el marco de la regulación de la normativa registral debe ser encontrado un *equilibrio* entre el interés del Estado y de la sociedad a un *medio de información* fiable sobre las condenas en las que se imponen penas y medidas de seguridad, y el de la persona que ha delinquido a su propia *rehabilitación*; un interés, este último, que, a la vista del objetivo en la prevención del delito, pertenece también al Estado y a la sociedad.

I. Evolución y reforma de la normativa registral

1. En el año 1882 fue introducido en Alemania el **registro de penados**. Su finalidad era la de dar acogida a las anotaciones relativas a condenas por acciones punibles para, de este modo, darlas a conocer a los órganos de la Administración de Justicia penal y a otras autoridades[4]. Por la vía del *certificado policial de buena conducta* de cualquier persona, en el que quedaban recogidas sin limitación de información todas las condenas impuestas, también los particulares podían recibir información mediata del registro de penados puesto que, por ejemplo, al aspirante a un puesto de trabajo le era exigida la presentación de un certificado de buena conducta.

2. La **Ley sobre el Registro Central de Penados y sobre el Registro de Jóvenes Penados** (BZRG) de 18.3.1971 (BGBl. I pág. 243) en su redacción de 21.9.1984 (BGBl. I pág. 1229) sustituyó el Registro de Penados de la fiscalía por el *Registro Central Federal* con sede en Berlín y transfirió todas las competencias en este ámbito al *Fiscal General Federal* del Tribunal Supremo Federal como autoridad registral y al *Ministro Federal de Justicia* como instancia de apelación. A través de esta Ley deberían mejorar los presupuestos para la resocialización de personas condenadas y, por medio del tratamiento automatizado de datos, elevarse el rendimiento del Registro de Penados también con fines estadísticos y de investigación criminológica (BT-Drucks. VI/477 págs. 1 ss.)[5]. En el Registro

[4] Acerca de la historia sobre la naturaleza del registro de penados vid. *Rebmann/Uhlig,* BZRG Einleitung núms. 1 ss.

[5] Acerca del rendimiento del Registro Central Federal vid. los datos numéricos suministrados por *Kalf,* StV 1991, pág. 132. Crítico sobre su concepción global *Haffke,* GA 1975, pág. 69.

Central Federal se lleva además el *Registro de Jóvenes Penados* que está destinado a la inscripción de sentencias y medidas en el ámbito de la Administración de Justicia juvenil (§§ 59 ss. BZRG).

Junto al Registro Central Federal en Berlín existe también un **Registro Central de Tráfico** con sede en Flensburg (§§ 28 ss. StVG), en el que se inscriben las condenas a penas y medidas de seguridad derivadas de la comisión de delitos contra la seguridad del tráfico, las resoluciones dictadas en virtud de la perpetración de una infracción administrativa en el tráfico viario (para sanciones pecuniarias de al menos 80 DM o la imposición de la prohibición de conducir en virtud del § 25 StVG), así como otras resoluciones pertinentes dictadas por autoridades administrativas[6].

II. Las inscripciones en el registro

1. En el Registro Central son inscritas todas las **sentencias dictadas por los órganos judiciales penales** en las que se condena a una pena, se acuerda una medida de seguridad, se dicta una amonestación con reserva de pena o, de acuerdo con el § 27 JGG, se impone una pena juvenil (§ 4 BZRG). También se inscribe la suspensión de la ejecución de una pena o medida de seguridad, el acuerdo de prestación de auxilio durante el plazo de prueba y el plazo de privación del permiso de conducir (§§ 7, 8 BZRG). A ello se añaden las sentencias que se dictan con posterioridad al amparo del Derecho penal general (§ 12 BZRG) y del Derecho penal juvenil (§ 13 BZRG). Se inscriben, asimismo, las medidas de gracia y amnistías (§ 14 BZRG) y la terminación o liquidación de sanciones privativas de libertad (§ 15 BZRG).

2. El Registro Central Federal sirve también para dar acogida a muchas **otras resoluciones de naturaleza estatutaria, penal y policial**. Aquí se cuentan las incapacitaciones, las resoluciones dictadas por autoridades administrativas sobre deportación o expulsión de extranjeros, sobre rechazo o privación de permisos a causa de negligencia etc., sobre la negación de la solicitud o la privación del pasaporte, sobre prohibiciones en el ámbito de las armas de fuego, así como las resoluciones relativas a la ausencia de capacidad de culpabilidad (§§ 9-11 BZRG).

III. Información registral

La información del Registro se suministra a través de la concesión de certificados de buena conducta o mediante el suministro de información no sujeta a límite alguno.

---

[6] Vid. al respecto las explicaciones contenidas en *Rebmann/Uhlig*, BZRG págs. 397 ss.

1. Un certificado de buena conducta referido a la propia persona se concede mediante petición a la autoridad registral a cualquiera que haya cumplido los catorce años (§ 30 I BZRG). Si el certificado se ha solicitado por una autoridad pública entonces es remitido directamente a la misma por la autoridad registral (§ 30 V BZRG). Asimismo, y bajo estrictos requisitos, las autoridades pueden recibir también directamente un certificado de buena conducta relativo a una persona determinada (§ 31 BZRG). En este certificado se recogen básicamente todas las inscripciones relativas a la persona en cuestión (§ 32 I BZRG). Sin embargo, en interés de una más fácil resocialización del afectado no se recogen en el certificado de buena conducta determinadas inscripciones. En esta disposición reside el primer grado de la rehabilitación. En este punto hay que distinguir entre las inscripciones que desde un principio no se recogen y aquellas que sólo dejan de aparecer tras el transcurso del plazo oportuno. Finalmente, el Fiscal General Federal puede ordenar que determinadas condenas que se desvían de la regulación general no aparezcan en el certificado de buena conducta.

a) *Desde un principio no se recogen* (§ 32 II BZRG) condenas en las que ha sido impuesta una pena de multa no superior a 90 cuotas, así como penas de prisión o arrestos que no superan los tres meses, siempre que en el Registro no estuviera inscrita una pena adicional; lo mismo sucede con las amonestaciones con reserva de pena y las condenas por delitos de tráfico de drogas en los que la pena de prisión ha sido suspendida condicionalmente y su concesión no ha sido revocada. De este modo, los delincuentes primarios reciben en casos leves un certificado de buena conducta libre de inscripciones de antecedentes penales.

b) Otras condenas únicamente *dejan de ser recogidas* en el certificado de buena conducta *tras el transcurso de determinados plazos* (computados desde que se dicta la primera sentencia) (§§ 33 ss. BZRG). El plazo alcanza los tres años para, por ejemplo, condenas a pena de multa y de prisión o de arresto de hasta tres meses si no concurren los requisitos del § 32 II BZRG, así como para condenas a prisión o de arresto de hasta un año de duración cuando una u otra ha sido suspendida condicionalmente sin ser objeto de revocación y siempre que en el Registro no exista una inscripción adicional de una pena de prisión de un arresto o de una pena juvenil. En el resto de los casos, con excepción de las condenas a custodia de seguridad y a internamiento en un hospital psiquiátrico, cuando el certificado de buena conducta es solicitado por una autoridad el plazo se extiende hasta los cinco años (a lo que se suma la duración de la correspondiente pena de prisión impuesta). Sin embargo, hay que tener en cuenta que cuando existen varias condenas en el certificado se recogen todas las inscripciones (excepto las que imponen una pena de multa de hasta noventa cuotas o de prisión o arresto de hasta tres meses

de duración), en la medida en que una anotación susceptible de ser recogida siga siendo válida (§ 38 BZRG)[7]. También la cadena perpetua deja de recogerse en el certificado de buena conducta si se dispensa de ella a través de su suspensión o indulto y ha transcurrido el plazo mínimo de veinte años del § 34 II BZRG adicionalmente al de cinco años previsto por el § 34 I núm. 2 BZRG. En la medida en que una condena no se deba recoger ya en el certificado de buena conducta, el condenado es considerado frente a cualquier otra persona como si no hubiera sido castigado (§ 53 I BZRG); no obstante, ello no rige frente a los tribunales y autoridades (§ 53 II BZRG).

c) Finalmente, el *Fiscal General Federal*, de oficio o a instancia de parte, puede ordenar que las condenas que por sí mismas habrían de ser recogidas en el certificado de buena conducta, no lo sean si a ello no se opone el interés público (§ 39 BZRG)[8]. Una solicitud de esta naturaleza únicamente posee expectativas de éxito si el condenado puede demostrar que en su caso la comunicación de la condena supone tratarlo con una severidad extraordinaria[9].

2. El suministro de información del Registro Central no sujeta a límites significa que también se da conocimiento de inscripciones que no se recogen en un certificado de buena conducta (§ 41 BZRG). Sin embargo, este tipo de información sólo se proporciona a determinadas autoridades, por petición expresa de las mismas y bajo indicación de la finalidad para la que se requiere aquélla; su transmisión queda restringida a dicha finalidad. A estas autoridades pertenecen en particular los tribunales y fiscales, las máximas autoridades federales y regionales y la policía de investigación criminal. La posibilidad de obtener esta información ilimitada asegura los intereses de la persecución penal y otras necesidades superiores del Estado sin que ello deba suponer un perjuicio para la resocialización del condenado.

IV. La cancelación de las inscripciones

1. El segundo grado de la rehabilitación es la cancelación de una condena inscrita en el registro. La cancelación significa que la inscripción es retirada del

---

[7] Vid. sobre ello *Kalf*, StV 1991, pág. 134.

[8] No se trata de un acto de gracia sino de una actuación administrativa de la Justicia cuya dispensa queda a discrecionalidad del Fiscal General Federal. De acuerdo con el § 39 III BZRG el afectado puede recurrir al Ministro Federal de Justicia y, frente a la resolución denegatoria de la solicitud, recabar una resolución judicial del OLG Hamm (§§ 39 III BZRG, 23 ss. EGGVG); vid. *Rebmann/Uhlig*, § 39 BZRG núms. 41, 46 ss.

[9] *Kalf*, StV 1991, págs. 137-140 (con ejemplos).

Registro (§ 45 II BZRG). Hay que distinguir entre la cancelación que opera tras el transcurso de un plazo determinado y la que tiene lugar por mandato del Fiscal General Federal.

a) Todas las inscripciones relativas a condenas son canceladas *tras la expiración de determinados plazos* (calculados desde que se dicta la sentencia en primera instancia[10]). Quedan sólo exceptuadas las condenas a cadena perpetua y el acuerdo de internamiento bajo custodia de seguridad o en un hospital psiquiátrico (§ 45 III BZRG). Los plazos de cancelación se gradúan en función de la gravedad de la condena y de la existencia de anotaciones adicionales (§ 46 BZRG); para penas de prisión ejecutables de más de tres meses el plazo alcanza como mínimo los quince años (§ 46 I núm. 3 BZRG). La cancelación de una inscripción sólo es admisible si para todas las condenas inscritas está liquidada la ejecución de penas o medidas de seguridad (intervención de la cancelación) (§ 47 II BZRG).

b) Asimismo, el *Fiscal General Federal,* de oficio o a instancia de parte, puede *ordenar* que sean anuladas inscripciones aún cuando no ha llegado el momento de su cancelación, en la medida en que la ejecución de la pena o medida esté liquidada y a ello no se oponga el interés público (§ 49 BZRG). De ahí que también en la cancelación de inscripciones hayan de ser tomadas precauciones para que la resolución pueda ser adaptada a las exigencias del caso concreto.

2. Si una inscripción ha sido cancelada o ha llegado el momento de hacerlo, entonces el delito y la condena —con ciertas excepciones rigurosamente delimitadas (§ 50 BZRG)— "ya no pueden ser objeto de censura para el afectado en el tráfico jurídico y no han de ser utilizadas en su perjuicio" (§ 51 I BZRG)[11]. (Acerca de las repercusiones de esta disposición sobre la individualización de la pena vid. *supra* § 83 III 3b). Asimismo, el condenado tiene derecho frente a cualquier persona e, incluso, ante los tribunales y en interrogatorios bajo juramento, a considerarse como alguien que no ha sido castigado; también lo tiene a no hacer públicos los hechos que sirvieron de base para su condena (§ 53 I BZRG). De este modo se elimina en esencia su estigma penal de un modo permanente.

---

[10] Esto significa que durante la tramitación de un recurso corre ya el plazo de cancelación; vid. *Rebmann/Uhlig,* BZRG, § 36 núm. 5.

[11] Mostrándose críticos con esta disposición *Creifelds,* GA 1974, pág. 132; *Dreher,* JZ 1972, pág. 618; *Haffke,* GA 1975, pág. 76; *Terborst,* ZRP 1973, pág. 7; en su defensa *Götz,* JZ 1973, pág. 496. No puede quedar ninguna duda de la volunta del legislador en establecer una amplia prohibición de su utilización jurídico-material; vid. *Tremml,* Die Rechtswirkungen der Straftilgung pág. 5. Afirmando su compatibilidad con la Constitución BVerfGE 36, 174 (184 ss.) con comentario crítico de *Willms,* JZ 1974, pág. 224. Acerca del alcance de la prohibición de su utilización vid. *Götz,* Bundeszentralregister, § 51 núms. 12 ss.

3. El plazo de espera de un año tras el momento en que puede operar la cancelación sirve para la evitación de cancelaciones que posteriormente han demostrado ser injustificadas a causa de una condena que es anterior al momento en que debe operar la cancelación pero que todavía no ha sido inscrita en el Registro (§ 45 II BZRG).

§ 88 El indulto

P.-A. Albrecht, Die soziale Reintegration "Lebenslänglicher" im Spannungsverhältnis von Recht und Gnade, MschrKrim 1973, pág. 198; *Bachof,* Über die Fragwürdigkeit der Gnadenpraxis und der Gnadenkompetenz, JZ 1983, pág. 469; *Bettermann,* Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 96 (1971) pág. 528; *Breitbach,* Amnestie-Medium politischer Integration, Recht und Politik 1990, pág. 178; *Dürig,* Anmerkung zu OVG Hamburg vom 23.9.1960, JZ 1961, pág. 166; *Egner,* Strafaussetzung zur Bewährung und Gnadenrecht, NJW 1953, pág. 1859; *Geerds,* Gnade, Recht und Kriminalpolitik, 1960; *Huba,* Gnade im Rechtsstaat? Der Staat 1990, pág. 117; *Junker,* Über Gnadenwesen usw., ZStW 63 (1951) pág. 428; *Kern,* Die Verdrängung des Rechts durch die Gnade, ZStW 43 (1922) pág. 588; *Klemm,* Zu den Anforderungen an ein Straffreiheitsgesetz, ZRP 1983, pág. 122; *Köhler,* Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen, en: *K. Schmidt* (ed.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, pág. 57; *Lemke,* Verfassungsrechtliche Schranken für Straffreiheitsgesetze, Recht und Politik 1984, pág. 198; *Marxen,* Rechtliche Grenzen der Amnestie, 1984; *el mismo,* Amnestierecht und Amnestiepolitik, Recht und Politik 1990, pág. 84; *Maurer,* Anmerkung zu OLG Hamburg vom 5.3.1969, JZ 1969, pág. 739; *Merten,* Rechtsstaatlichkeit und Gnade, 1978; *Müller-Dietz,* Recht und Gnade, DRiZ 1987, pág. 474; *v. Münch/Kunig* (edrs.), Grundgesetz-Kommentar, Tomo 1, 4.ª ed. 1992; *Peine,* Gnade und Rechtsstaat, Steuerliche Vierteljahresschrift 1991, pág. 299; *Pestalozza,* Die Selbstamnestie, JZ 1984, pág. 559; *v. Preuschen,* Für ein rationales Gnadenrecht, NJW 1970, pág. 458; *Rüping,* Die Gnade im Rechtsstaat, Festschrift für F. Schaffstein, 1975, pág. 31; *Schätzler,* Handbuch des Gnadenrechts, 2.ª ed. 1992; *el mismo,* Gnade vor Recht, NJW 1975, pág. 1249; *Schneider,* Anmerkungen zum Begnadigungsrecht, MDR 1991, pág. 101; *Schünemann,* Amnestie und Grundgesetz, ZRP 1984, pág. 137.

1. En el ámbito de la Administración de Justicia penal el indulto es una intervención del poder ejecutivo que en el caso concreto viene a dispensar, atenuar o suspender condicionalmente las consecuencias jurídicas impuestas en una condena firme por un tribunal penal[1]. Los procesos penales pendientes no pueden ser anulados por una medida de gracia (inadmisibilidad de la abolición para el caso concreto). En contraste con el indulto, la amnistía significa la concesión de

[1] Vid. *Schätzler,* Handbuch pág. 17.

la libertad en virtud de una ley para una multitud de casos de acuerdo con sus características generales[2].

2. El lugar ocupado por el indulto ha sido puesto duda bajo un Estado democrático de Derecho, pues éste se legitima a través de la aplicación igualitaria de las normas frente a cualquiera. A diferencia de lo que sucedía en épocas pasadas la normativa sobre el indulto ya no se fundamenta como un reflejo de la gracia divina o como una parte del carisma del regente[3]. Sin embargo, aún hoy puede darse a la gracia de indulto atribuida a los órganos superiores ejecutivos (Presidente de la República o Ministro-Presidente del *Land*) una función razonable e incluso necesaria: sirve, por un lado, para la corrección de errores en la aplicación del Derecho que no han podido ser subsanados de otra forma[4] y, por otro, para la eliminación de rigores desproporcionados que no han sido perseguidos por el legislador en la aplicación del Derecho al caso concreto[5]. Más allá, la gracia de indulto puede contribuir en determinadas situaciones, de forma similar a una ley de amnistía, a una satisfacción social que está unida al desencadenamiento de un grave conflicto social dentro de la sociedad[6]. Por el contrario, el indulto reúne pocas cualidades como medio para la mejora de las oportunidades de resocialización del delincuente en particular, pues en la dirección de este fin se plantea incuestionablemente la cuestión del tratamiento igualitario[7].

3. El titular de la gracia de indulto es el máximo representante del poder del Estado (art. 60 II GG, así como las disposiciones correspondientes de las Constituciones de los *Länder* como, por ejemplo, el art. 59 I NRW). En este punto sigue influyendo la conexión histórica de esta medida con la posición del monarca. Sin embargo, en un Estado democrático la gracia de indulto ya no puede ser com-

---

[2] Acerca de las exigencias constitucionales de una ley de amnistía vid. *Breitbach,* Recht und Politik 1990, pág. 178; *Klemm,* ZRP 1983, pág. 123; *Lemke,* Recht und Politik 1984, pág. 198; *Marxen,* Rechtliche Grenzen der Amnestie, 1984; *el mismo,* Recht und Politik 1990, pág. 84; *Pestalozza,* JZ 1984, págs. 560 ss.; *Schünemann,* ZRP 1984, págs. 138 ss. Vid., además, las BVerfGE 2, 213 (218 ss.); 10, 234 (246 ss.); 340 (353 ss.).

[3] Acerca de los modelos históricos *Rüping,* Schaffstein-Festschrift pág. 31. A favor de una derogación del indulto *Huba,* Der Staat 1990, pág. 117; también *Schneider,* MDR 1991, pág. 104.

[4] Mostrando su rechazo al respecto *Merten,* Rechtsstaatlichkeit und Gnade pág. 50.

[5] Dado que en la normativa sobre consecuencias jurídicas del delito existen actualmente otras muchas posibilidades, queda de hecho un muy escaso ámbito de aplicación para el indulto; vid. los datos numéricos contenidos en *Schätzler,* Handbuch pág. 186. Acerca de la praxis del indulto en la cadena perpetua, de gran importancia en otros tiempos, *P.-A. Albrecht,* MschrKrim 1973, pág. 198.

[6] Mostrando sus cautelas en esta dirección *Köhler,* en: *K. Schmidt* (ed.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik págs. 71-74.

[7] Vid. al respecto *Geerds,* Gnade, Recht und Kriminalpolitik págs. 35 ss., 41; *Junker,* ZStW 63 (1951) pág. 433; *Kern,* ZStW 43 (1922) pág. 594; *Müller-Dietz,* DRiZ 1987, pág. 476.

prendida como una prerrogativa del Jefe del Estado sustraída al origen soberano del poder del art. 20 II GG, sino que debe ser considerada como una competencia (excepcional) del Ejecutivo para correcciones puntuales de sentencias dictadas por los tribunales[8]. De ello se deriva que, frente a una muy discutida sentencia (4:4) del Tribunal Constitucional (BVerfGE 25, 352), también las decisiones relativas al derecho de gracia están sometidas, de acuerdo con el art. 19 IV GG, a una comprobación judicial; naturalmente, ello sólo en atención a las desviaciones arbitrarias del mandato de trato de igualdad bajo el que de forma semejante se sitúan los condenados[9].

La gracia de indulto en las causas penales corresponde al *Presidente de la República* sólo en aquellos pocos casos en los que, de acuerdo con los §§ 120 I, II, 142a GVG, los Tribunales Regionales Superiores son competentes en primera instancia. Por medio de la disposición correspondiente (BGBl. 1965 I pág. 1573) las resoluciones sobre la gracia de indulto en causas penales ha quedado en parte reservada personalmente para el Presidente de la República y, en parte también, han sido delegadas al Ministro Federal de Justicia. La todavía hoy vigente "Ordenanza sobre la Gracia de Indulto" del año 1935 (DJ 1935, pág. 203) contiene el procedimiento a seguir para la concesión del indulto, así como determinadas pautas a seguir en orden a su otorgamiento.

En todas las causas penales que son tramitadas en primera instancia por los tribunales municipales y provinciales, el ejercicio de la gracia de indulto es *competencia de los Länder* (§ 452 StPO). En la mayoría de ellos el Ministro-Presidente conserva su ejercicio; para casos ordinarios éste lo delega por regla general al Ministro de Justicia, cuyos detalles se regulan a través de la correspondiente instrucción (la mayoría de las veces denominada "Ordenanza de Gracia")[10].

4. En el caso concreto el indulto puede deberse a razones jurídico-materiales (por ejemplo, la especial rigurosidad de la sanción para el condenado) o de carácter procesal (verbigracia, errores procedimentales graves que ya no son subsana-

---

[8] Acertadamente, *Köhler*, en: *K. Schmidt* (ed.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik págs. 62-64; *Peine*, Steuerliche Vierteljahresschrift 1991, págs. 300 ss.

[9] *Bachof*, JZ 1983, pág. 471; *Dürig* JZ 1961, pág. 166; *Löwe/Rosenberg (Schäfer)* nota preliminar núm. 24 antes del § 12 GVG; *Maurer*, JZ 1969, pág. 741; *Merten*, Rechtsstaatlichkeit und Gnade pág. 81; *v. Münch/ Kunig/Krebs*, Art. 19 núm. 55; *Peine*, Steuerliche Vierteljahresschrift 1991, págs. 305-309; *v. Preuschen*, NJW 1970, pág. 459; *Rüping*, Schaffstein-Festschrift pág. 43; de otra opinió, *Schätzler*, Handbuch págs. 126-131; *el mismo*, NJW 1975, pág. 1254; vid. también la 4.ª ed. de esta obra pág. 825.

[10] Las fuentes jurídicas de los distintos *Länder* se encuentran publicadas en *Schätzler*, Handbuch págs. 77-80.

bles). Su efecto también puede dirigirse —como hace por regla general— hacia el proceso (la pena ya no puede, por ejemplo, ser ejecutada), aunque también puede eliminar de una forma directa la consecuencia jurídica material (verbigracia, la pérdida de la capacidad para ser funcionario [§ 45]) (vid. BGH 3, 134 [136]; 4, 287 [289])[11].

5. La gracia de indulto comprende la facultad de dispensar, reducir, conmutar o suspender penas que han sido impuestas en virtud de sentencia firme. Asimismo, existe la posibilidad de la concesión graciosa de la suspensión condicional de la pena o del otorgamiento de la libertad condicional[12]. En concreto, es imaginable la suspensión de penas de multa y penas de prisión sustitutoria no prevista en el StGB, así como la suspensión condicional de penas de prisión superiores a dos años. De una importancia decisiva para la rehabilitación del condenado es además la posibilidad de dispensar de las consecuencias accesorias impuestas (pérdida de la capacidad para ser funcionario y del derecho de sufragio activo y pasivo; vid. *supra* § 75 I), pues de este modo al condenado se le libera de máculas que siguen pesando sobre él tras el cumplimiento de la pena. De acuerdo con el § 3 II 4 de la Ordenanza sobre la Gracia de Indulto de 1935, la dispensa graciosa de medidas de corrección y aseguramiento sólo se plantea por lo general cuando existe una sentencia errónea, pues las reglas ordinarias sobre la supervisión judicial del curso de la medida hacen posible en todo momento su adaptación al desarrollo individual del condenado (vid. *supra* § 77 VI 2). También la privación del beneficio, el comiso y la inutilización de los instrumentos del delito pueden ser graciosamente dispensados o reducidos, algo que sobre todo se plantea para el valor equivalente al objeto de disminuir la carga que pesa sobre el condenado integrada por obligaciones financieras con las que no puede cumplir. Finalmente, la gracia de indulto comprende también la dispensa y reducción de las costas procesales (tasas y gastos), incluidas las derivadas de la ejecución de la pena o medida. En cambio, a través del indulto no pueden ser concedidas ventajas registrales[13]. En su lugar entra en juego la resolución del Fiscal General Federal de acuerdo con los §§ 39, 49 BZRG (vid. supra § 87 III 1c, IV 1b).

FIN DE LA OBRA

[11] Por el contrario, a favor de una concepción puramente procesal *Geerds,* Gnade, Recht und Kriminalpolitik págs. 9 ss.; *Merten,* Rechtsstaatlichkeit und Gnade pág. 58; acerca de otras teorías sobre la gracia de indulto vid. *Löwe/Rosenberg (Schäfer)* nota preliminar núms. 12-17 antes del § 12 GVG; *Schätzler,* Handbuch págs. 77-80.

[12] Vid. *Egner,* NJW 1953, pág. 1860; *Maurach/Gössel/Zipf,* Allg. Teil II § 75 núm. 8; rechazándola, *Müller-Dietz,* DRtZ 1987, págs. 480 ss.

[13] Vid. Schätzler, Handbuch pág. 65.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO GENERAL

Agge/Thornstedt, Das schwedische Strafrecht	*Agge, Ivar u. H. Thornstedt:* Das schwedische Strafrecht, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, ed. por *Edmund Mezger, A. Schönke y H.-H. Jescheck*, Tomo V, 1976, p. 252.
AK (nombre del autor)	Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare), Tomo I, §§ 1-21, ed. por *R. Wassermann*, elaborado por *W. Hassemer* y otros, 1990.
Allfeld, Lehrbuch	*Allfeld, Philipp:* Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9.ª ed. de la obra fundada por *Hugo Meyer*, 1934.
Antón Oneca, Derecho Penal	*Antón Oneca, José:* Derecho Penal, Tomo I, Parte general, 1984.
v. Bar, Gesetz und Schuld	*Bar, Ludwig von:* 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	*Baumann, Jürgen* y *U. Weber:* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9.ª ed., 1985.
Beling, Grundzüge	*Beling, Ernst:*Grundzüge des Strafrechts, 11.ª ed., 1930 [si no se señala algo distinto]; 2.ª ed., 1902.
Beling, Die Lehre vom Verbrechen	*Beling, Ernst:* Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
Van Bemmelen/van Veen, Ons Strafrecht	*Bemmelen, Jakob M. van:* Ons strafrecht, Teil I: Het materiële strafrecht, Algemeen deel, 10.ª ed., elaborada por *Th. W. Van Veen*, 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 (edrs.), Codice penale, Parte generale	Codice penale, Parte generale, de *Franco Bricola*, I-III, 1984; Parte especiale, de *Vladimiro Zagrebelsky*, I, II, 1975.

Bruns, Recht der Strafzumessung	*Bruns, Hans-Jürgen:* Das Recht der Strafzumessung, 2.ª ed., 1985.
Bruns, Strafzumessungsrecht	*Bruns, Hans-Jürgen:* Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, 2.ª ed., 1974.
Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz	*Calliess, Rolf-Peter* y *H. Müller-Dietz:* Strafvollzugsgesetz, 6.ª ed., 1994.
Cerezo Mir, Curso I, Curso II	*Cerezo Mir, José:* Curso de Derecho penal español, Parte general, Tomo I, 4.ª ed., 1994, Tomo II, 1990.
Clark/Marshall, Treatise	*Clark, William, L.* y *W. L. Marshall:* A treatise on the law of crimes, 7.ª ed. de Marian Quinn Barnes, 1967.
Cobo del Rosal/Vives Antón, Derecho Penal	*Cobo del Rosal, Manuel* y *T.S. Vives Antón:* Derecho penal, Parte general, 3.ª ed., 1990.
Constant, Traité	*Constant, Jean:* Traité élémentaire de droit pénal, Tomos I, II, 1965.
Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo	*Córdoba Roda, Juan* y *G. Rodríguez Mourullo:* Comentarios al Código penal, Tomos I, II, 1972; Tomo III, 1978.
Crespi/Zuccalà/Stella, Commentario	*Crespi, Alberto, G., Zuccalà* y *F. Stella:* Commentario breve al codice penale, 2.ª ed., 1992; Complemento giurisprudenziale, 3.ª ed., 1994.
da Costa jr., Comentários	*da Costa, Paulo José, jr.:* Comentários ao Código penal, Tomo I: Parte geral, 2.ª ed., 1987.
de Jesus, Comentários, Tomos I, II	*Jesus Damásio Evangelista de:* Comentários ao Código penal, Parte geral, Tomo I, II, 2.ª ed., 1986.
del Rosal, Tratado, Tomos I, II	*del Rosal, Juan:* Tratado de derecho penal español, Parte general, Tomo I, 2.ª ed., 1976; Tomo II, 1972.
Desportes/Le Gunehec, Présentation	*Desportes, Frédéric* y *F. Le Gunehec:* 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	*Dohna, Alexander Graf zu:* Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.ª ed., 1950.
Donnedieu de Vabres, Traité	*Donnedieu de Vabres, Henri:* Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, 3.ª ed., 1947.
Dreher/Tröndle	*Dreher, Eduard:* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 46.ª ed., de la obra fundada por *Otto Schwarz*. Continuada por *Herbert Tröndle*, 1993; 47.ª ed., 1995.
Dupont/Verstraeten, Handboek	*Dupont, Lieven* y *R. Verstraeten:* Handboek Belgisch strafrecht, 1990.
Ebert, Allg. Teil	*Ebert, Udo:* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., 1994.
Eisenberg, Kriminologie	*Eisenberg, Ulrich:* Kriminologie, 3.ª ed., 1990.
Encyclopedia	*Bernhardt, Rudolf* (ed.), Encyclopedia of Public International Law, Tomo I, 1992, Tomo II, 1995.
Engisch, Einführung	*Engisch, Karl:* Einführung in das juristische Denken, 8.ª ed., 1983.
Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze	*Erbs, Georg,* y *M. Kohlhaas:* Strafrechtliche Nebengesetze, Kommentar, Tomos I-IV, 5.ª ed., 1993 ss.
Eser/Burkhardt, Strafrecht I	*Eser, Albin* y *B. Burkhardt:* Strafrecht I, 4.ª ed., 1992.
Eser, Strafrecht II	*Eser, Albin:* Strafrecht II, 3.ª ed., 1980.
Feuerbach, Lehrbuch	*Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von:* 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 *Carl J. A. Mittermaier,* 1840.
Feuerbach, Revision	*Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von:* Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Parte I, 1799; Parte II, 1800.

Fiandaca/Musco, Diritto penale	*Fiandaca, Giovanni* y *E. Musco:* Diritto penale, Parte generale, 2.ª ed., 1989.
Fiore, Diritto penale I	*Fiore, Carlo:* Diritto penale. Parte generale I, 1993.
Foregger/Serini, StGB	*Foregger, Egmont* y *E. Serini:* Strafgesetzbuch, samt den wichtigsten Nebengesetzen, 5.ª ed., de *E. Foregger* y *G. Kodek*, 1991.
Fornasari, Principi	*Fornasari, Gabriele:* I principi del diritto penale tedesco, 1993.
Fragoso, Lições	*Fragoso, Heleno Cláudio:* Lições de direito penal, A nova parte geral, 8.ª ed., 1985.
Frank	*Frank, Reinhard:* Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.ª ed., 1931 con adición de "Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931-1935" de *Ernst Schäfer* y *H. v. Dohnanyi*, 1936.
Gallas, Beiträge	*Gallas, Wilhelm:* Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968.
Gerland, Lehrbuch	*Gerland, Heinrich Balthasar:* Deutsches Reichsstrafrecht, 2.ª ed., 1932.
Germann, Das Verbrechen	*Germann, Oskar Adolf:* Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942.
Gimbernat Ordeig, Das spanische Strafrecht	*Gimbernat Ordeig, Enrique:* Das spanische Strafrecht, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, editado por *Edmund Mezger, A. Schönke* y *H.-H. Jescheck*, Tomo VI, 1982, p. 301.
Göhler, OWiG	*Göhler, Erich:* Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 11.ª ed., 1995.
Göppinger, Kriminologie	*Göppinger, Hans:* Kriminologie, 4.ª ed., 1980.
Goltdammer, Materialien	*Goltdammer, Theodor:* Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, Tomo I, 1851; Tomo II, 1852.
Graven, L'infraction	*Graven, Philippe:* L'infraction pénale punissable, 1993.
Grünhut, Das englische Strafrecht	*Grünhut, Max:* 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.
Hafter, Allg. Teil	*Hafter, 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 Nederlanse 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	*Jakobs, Günther:* Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.ª ed., 1991.
Jeandidier, Droit pénal général	*Jeandidier, Wilfrid:* Droit pénal général, 2.ª ed., 1991.
Jescheck, Strafrecht	*Jescheck, Hans-Heinrich:* Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft, 1980.
Jiménez de Asúa, Tratado	*Jiménez de Asúa, Luis:* 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	*Jung, Heike:* Sanktionensysteme und Menschenrechte, 1992.
Kaiser, Kriminologie	*Kaiser, Günther:* Kriminologie. Ein Lehrbuch, 2.ª ed., 1988.
Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug	*Kaiser, Günther, H.-J. Kerner* y *H. Schöch:* Strafvollzug. Ein Lehrbuch, 4.ª ed., 1992.
Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss (edrs.), Kleines kriminologisches Wörterbuch	Kleines kriminologisches Wörterbuch, ed., por *Günther Kaiser, H.-J. Kerner, F. Sack* y *H. Schellhoss,* 3.ª ed., 1993.
Kenny/Turner, Outlines	*Kenny, Courtney Stanhope:* Outlines of Criminal Law, 19.ª ed., de *Cecil Turner,* 1966.
Kienapfel, Allg. Teil	*Kienapfel, Diethelm:* Strafrecht, Allgemeiner Teil [deutsches Strafrechts], 4.ª ed., 1984.
Kienapfel, Grundriß	*Kienapfel, Diethelm:* Grundriß des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.ª ed., 1994.
KK OWiG (nombre del autor)	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, ed., por *Karlheinz Boujong,* 1989.
Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO	*Kleinknecht, Theodor:* Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 42 .ª ed., de la obra fundada por *Otto Schwarz,* continuada por *Lutz Meyer-Goßner,* 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)	Strafgesetzbuch, 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:* Trudcción 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*).

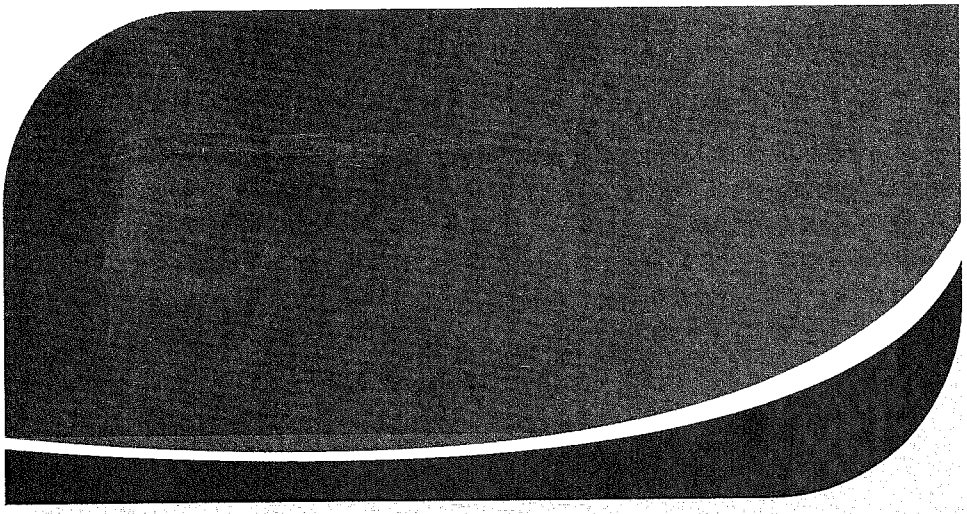
NK (nombre del autor)	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, por *Ulfrid Neumann* y *H. Jung*, 1995 ss.
Naucke, Einführung	*Naucke, Wolfgang:* Strafrecht. Eine Einführung, 6.ª ed., 1991.
Noll/Trechsel, Allg. Teil I	*Noll, Peter:* Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo I, 3.ª ed., elaborada 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 enzelne Delikte, 3.ª ed., 1991.
Pagliaro, Principi	*Pagliaro, Antonio:* Principi di diritto penale, Parte generale, 4.ª ed., 1993.
Pfenninger, Das schweizerische Strafrecht	*Pfeninger, 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:* Strafvolstreckungsordnung. 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.
Reißig	*Reißig, 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	*Roxin, Claus, W. Stree, H. Zipf* y *H. Jung:* Einführung in das neue Strafrecht, 2.ª ed., 1975.
Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre	*Sauer, Wilhelm:* Allgemeine Strafrechtslehre, 3.ª ed., completamente renovada de "Grundlagen des Strafrechts", 1955.
Sauer, Bes. Teil	*Sauer, Wilhelm:* System des Strafrechts, Besonderer Teil, 1954.
Sauer, Grundlagen	*Sauer, Wilhelm:* Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts-und Sozialphilosophie, 1921.
Schäfer, Praxis	*Schäfer, Gerhard:* Praxis der Strafzumessung, 1990.
Schaffstein, Die allgemeinen Lehren	*Schaffstein, Friedrich:* Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930.
Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht	*Schaffstein, Friedrich* y *W. Beulke*: Jugendstrafrecht, 11.ª ed., 1993; 12.ª ed., 1995.
Schmidhäuser, Allg. Teil	*Schmidhäuser, Eberhard:* Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2.ª ed., 1975.
Schmidhäuser, Studienbuch	*Schmidhäuser, Eberhard:* Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch, 2.ª ed., 1984.
Schmidhäuser, Einführung	*Schmidhäuser, Eberhard:* Einführung in das Strafrecht, 2.ª ed., 1984.
Eb. Schmidt, Einführung	*Schmidt, Eberhard:* Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.ª ed., 1965.
Eb. Schmidt, Lehrkommentar	*Schmidt, Eberhard:* 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: Erläterungen zum GVG, 1960.
Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz	*Schölz, Joachim:* Wehrstrafgesetz, continuada por *Eric Lingens*, 3.ª ed., de la obra fundada por *Eduard Dreher, K. Lackner* y *G. Schwalm*, 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/Bouloc, Droit pénal général	*Stefani, Gaston, G. Levasseur* y *B. Bouloc:* 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	vid. *supra* Noll/Trechsel
Triffterer, Allg. Teil	*Triffterer, Otto:* Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., 1994.
Tulkens/van de Kerchove	*Tulkens, Françoise* y *M. van de Kerchove:* Introduction au droit pénal, 2.ª ed., 1993.
Uhlig/Schomburg/Lagodny, IRG	*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/Wilkitzki	*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.
v. Weber, Grundriß	*Weber, Hellmuth von:* Grundriß des deutschen Strafrechts, 2.ª ed., 1948.
Wegner, Allg. Teil	*Wegner, Arthur:* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1951.
Welzel, Lehrbuch	*Welzel, Hans:* Das deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung, 11.ª ed., 1969.
Welzel, Das neue Bild	*Welzel, Hans:* Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4.ª ed., 1961.
Wessels, Allg. Teil	*Wessels, Johannes:* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 24.ª ed., 1994.
Wilda, Das Strafrecht der Germanen	*Wilda, Wilhelm Eduard:* Das Strafrecht der Germanen, 1842.
Glanville Williams, Criminal Law	*Williams, Glanville L.:* Textbook of criminal law, 2.ª ed., 1983.
WK (nombre del autor)	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, ed., por *Egmont Foregger* y *F. Nowakowski*, 1979 ss.
Zieschang, Sanktionensystem	*Zieschang, Frank:* Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, 1992.



Índice Analítico

ÍNDICE ANALÍTICO

Los números remiten a las páginas (precedido del número de volumen: I o II).
Los lugares prioritarios están señalados en negrita.
Los números entre paréntesis remiten a las notas a pie de página.

A

Aberratio ictus I 440, **461 ss.**, 506; II 1004-1005, II 1031
Abolición
- de la pena de muerte I 40-41
- en el indulto II 1373

Abono
- Derecho extranjero II 1347
- de la prisión provisional II 1345 ss.
- de la privación de libertad II 1345
- de la privación del permiso de conducir II 1172, II 1238, II 1345, II 1348

Aborto I 19, **I 153**, I 165, I 254, I 292, I 539
- bien jurídico I 61, I 381
- concursos II 1061
- consentimiento I 557
- determinación alternativa I 217, I 218
- error de tipo permisivo I 686
- estado de necesidad justificante I 529, I 545
- Medicina legal I 68
- no consentido I 572
- prescripción II 1359
- tentativa I 368, I 486-487, II 774
- tentativa inidónea II 773, II 796, II 798, II 805
- terapéutico I 568

Absolución II 1293, II 1348 ss.
Absoluto (a, os, as)
- pena determinada II 1133 ss., II 1273-1274
- prescripción II 1362
- subsidiariedad II 1097
- tentativa inidónea (vid. allí)
- teorías de la pena I 104

Abstracción del texto de la ley I 189
Abuso de dispositivos automáticos I 199, II 1097
Accesoriedad del Derecho penal I 79
Accesoriedad de la participación II 980 ss.
- en la coautoría II 980
- y concepto unitario de autor II 965 ss.
- Derecho extranjero II 988 ss.
- estricta II 980
- extrema II 980
- hipotética II 1048
- limitada II 980

Acción
- concepto de I 299, **I 321 ss.**
- como elemento del tipo I 378, I 404
- imputación objetiva I 422
- lugar de comisión del delito I 261
- peligrosa I 12, I 390(59), I 591
- y resultado I 408-410, II 874 ss.
- teoría general del delito **I 11-12**, 290 ss.
- típica (autoría) II 976

Acción, concepto jurídico-penal I 296, I 297, **I 323 ss.**, II 1059
- causal I 305, **I 324**
- en los concursos II 1059 ss.
- final I 312 ss.
- naturalística I 300

- neoclásica I 302
- personal I 329
- social I 305, I 329 ss.

Acción, descripción de la
- concurso ideal II 1072 ss.
- delitos de omisión II 907 ss.

Acción defensiva (legítima defensa) I 505 ss.
- delito imprudente II 885 ss.

Acción ejecutiva (ver también Comienzo de la)
- en los coautores II 1018
- fórmula de la puesta en marcha II 776 ss.
- identidad parcial de la II 1076
- de la participación II 966-967, II 1009
- en la tentativa II 783
- en la tentativa acabada II 819

Acción preparatoria II 787 ss., II 1047 ss.
- autónoma II 1048
- complicidad en la II 1034
- del coautor II 1016-1117
- cooperación en la II 1016-1117
- delimitación con la tentativa II 779 ss.
- delitos de emprendimiento II 790
- dependiente II 787, II 788
- desistimiento II 821 ss.
- estadios previos de la participación II 1047 ss.
- lugar de comisión del delito I 261
- participación en la II 788
- subsidiariedad II 1055
- tentativa II 788

Acciones automatizadas I 326

Acciones bélicas I 182, I 481-482

Aceptación del ofrecimiento II 1053 ss.
- desistimiento I 1054 ss.

Actio illicita in causa I 510(45)

Actio libera in causa I 656 ss.
- arrebato I 644(22), I 646
- fórmula de la puesta en marcha, II 784
- tentativa bajo- I 659, II 784, II 790

Actitud interna I 620, I 627, I 692 ss.
- circunstancia determinante de la pena I 77, I 1324
- y dolo I 358-359
- y merecimiento de pena I 75
- elementos I 695

Actitud jurídica interna, insuficiente, defectuosa
- concepto de culpabilidad I 615 ss., I 627
- en el error de prohibición I 472-473
- en la imprudencia II 851
- objeto del juicio de culpabilidad I 620, II 627

Acto preparatorio, ver Acción preparatoria

Actor principal

Actos soberanos
- teoría de los II 181
- en territorio de otro Estado I 244

Actuación
- bajo propia responsabilidad II 862 ss.
- por mandato oficial (causa de exculpación) I 579 ss.
- en nombre de otro I 339
- en virtud de obediencia debida (causa de exculpación) II 744
- "pro magistratu" I 585 ss.

Actuación en conciencia y conforme al deber (en las causas de justificación) I 486 ss.
- conflicto exculpante de deberes II 755
- consentimiento presunto I 571-572
- delito imprudente II 885
- estado de necesidad (§ 35) II 729
- estado de necesidad justificante I 536-537
- indicación médica I 688
- uso de la coacción estatal I 579

Actuación de la voluntad
- y contenido de la culpabilidad I 632
- delitos contra la I 548
- injusto de acción I 356 ss., I 479-480

Actualidad
- del ataque I 503
- del peligro I 525, II 726-727

Acuerdo (ver también Consentimiento) I 549

Acuerdo de las Cuatro Potencias en Londres I 175

Acusación privada como querella II 1354
Adecuación social I 370 ss.
- autorización oficial I 541 ss.
Administración desleal
- consentimiento presunto I 570
- desvalor de acción I 355
- determinación alternativa I 218(24)
- por omisión II 912
- restricción de Derecho consuetudinario I 165
Administración de Justicia penal I 2-3
- principio de culpabilidad (ver también Principio de culpabilidad) I 599 ss.
Administrador de la quiebra (síndico)
- facultades oficiales I 575
- responsabilidad por representación I 341
Aeronave
- aterrizaje de emergencia I 528
- Derecho penal internacional I 253 ss.
Agente provocador 740, II 1337-1338
Agravación de la pena
- delitos especiales impropios I 393-394
- innominadas I 399 ss.
Agravatorios
- elementos de la culpabilidad I 693
Agresión (ver Ataque)
Agresión bélica I 182
Agresiones de animales I 523
Alcohol (ver también Embriaguez)
- delito militar I 654
- hostelero I 371
Alcohólico II 1211 ss.
Aleccionamiento
- delincuente ocasional I 109
Alevosía I 695-696
Allanamiento de morada
- consentimiento presunto I 569
- legítima defensa I 500
- por omisión II 912
- querella II 1350
- unidad de ley II 1101-1102
Ámbito de protección, fin de protección de la norma I 351
- bienes jurídicos extranjeros I 259 ss., I 382
Ámbito de vigencia territorial de una ley I 240 ss.
Ámbito de vigencia del Derecho penal I 236 ss.
- interalemán I 280 ss.
- internacional I 236 ss.
- personal I 275 ss.
Ámbito de vigencia personal del Derecho penal I 275 ss.
Amenaza II 821, 720
Amnistía I 258, II 828, II 832, II 1373
- extranjera I 252
Amonestación en el Derecho administrativo-sancionador I 89-90
Amonestación con reserva de pena II 1275 ss.
- Derecho extranjero II 1276(1)
Analogía I 197
- desistimiento I 201, II 792, II 823
- ejemplos reglados I 400-401
- estado de necesidad II 725(5)
Anomalía psíquica I 627 ss.
Anomalía psíquica grave I 639
Anomalías del instinto (ver también Anomalía psíquica) I 644
Antecedentes penales II 1369 ss.
- cancelados II 1371 ss.
- custodia de seguridad II 1370, II 1371
- deberes de publicación II 1370, II 1371
- oportunos II 1369 ss.
- Registro Central Federal 1368 ss.
- en la suspensión condicional de la pena II 1370
Antijuricidad I 293-294, I 298-299, I 306, I 344 ss.
- de la agresión I 502-503
- y culpabilidad I 625 ss.
- y dañosidad social I 306
- elementos de valoración global I 437
- elementos positivos I 364 ss.
- elementos subjetivos I 466 ss.
- exclusión de la I 472 ss.

- formal I 344 ss.
- grados de la **I 345-346**, I 491
- gravedad del injusto I 345 ss.
- del hecho principal II 980 ss.
- e injusto I 345
- material I 344 ss., I 480
- objetiva I 298-299, I 403-404
- y tipo I 306-307, I 475-476

Antijuricidad manifiesta de las órdenes I 579 ss.
Antinomia de los fines de la pena II 1310
Antisocialidad II 110 ss.
Antropología criminal I 66
Apertura de nuevas fuentes de peligro, deber de garante II 939
Aplazamiento de la pena de multa II 1153
Aplicación de la pena (ver Individualización la pena)
Aprobación (ver también Acuerdo, Consentimiento) I 548 ss.
Apropiación indebida, malversación
- delito de mera actividad I 388-389
- determinación alternativa I 218(24)
- dolo alternativo I 448
- en el ejercicio del cargo público I 218(24), I 346-347
- frente a parientes II 830

Archivo del proceso (ver Sobreseimiento del proceso)
Argumento analógico I 223
Argumentum
- ad absurdum I 224
- a contrario I 223
- a fortiori I 224
- a maiore ad minus I 223
- a simile I 223

Arrebato I 326, I 613, I 652
Arrepentido (testigo) II 1338 ss.
Arrepentimiento activo II 819 ss.
Arresto II 1369 ss.
Arresto coactivo I 89-90
Arresto juvenil I 26, II 1139
Arresto penal I 48-49, II 1139, II 1370
Asesinato
- accesoriedad I 699
- castigo II 1131, II 1298
- concursos II 1074
- elementos del I 695
- elementos subjetivos de la culpabilidad I 695
- participación I 217-218
- prescripción II 1360
- tipo cualificado I 393-394

Asistencia educativa I 6-7
Asistencia durante el periodo de prueba II 1251 ss.
Asistente durante el periodo de prueba II 1251 ss.
Asociaciones, sin capacidad jurídica
- multa administrativa contra I 89-90, I 337

Asociaciones de personas, organizaciones de, personas jurídicas
- acciones I 332-333
- autojusticia I 46
- multas administrativas contra I 337
- querella II 1352-1353
- sanciones contra I 334 ss.

Association Internationale de Droit Penal I 110
Asunción voluntaria, deber de garante I 941
Ataque, agresión
- actualidad I 503 ss.
- antijuricidad del I 502-503
- a la dignidad humana I 399
- contra el Estado y por extranjero I 248
- en la legítima defensa I 497 ss.

Atención, falta de II 867 ss.
Atenuación de la pena, causas de, facultativa II 1339 ss.
- actuación en virtud de obediencia debida II 751
- delitos de emprendimiento II 792
- delitos de omisión II 915 ss.
- especialidades del proceso penal II 1336 ss.
- estado de necesidad II 735

- exigibilidad II 735 ss.
- extraordinaria II 1337-1338
- inducción II 1033
- innominada I 192-193, **I 399 ss.**
- justificación parcial I 491
- modificación del tipo I 395 ss.

Atenuación obligatoria de la pena II 1340-1341
- doble II 1050
- error II 764
- estadios previos de la colaboración II 1050
- estado de necesidad putativo II 736

Atenuatorios
- elementos de la culpabilidad I 693 ss.

Auto de suspensión 905

Autodeterminación de la persona (ver también Libre albedrío) 440, I 637

Autopuesta en peligro II 862

Autor principal (desistimiento de la tentativa) II 826

Autor detrás del autor II 969(14), II 976(34), II 1003

Autoría, participación II 959 ss.
- concurrencia II 1041
- delimitación II 965 ss.
- Derecho extranjero II 988 ss.
- in dubio pro reo I 214
- "Urheberschaft" II 1023-1024(3)

Autoría accesoria II 1016
- en la imprudencia II 1016
- de inductores II 1026

Autoría mediata II 991 **ss.**
- casos de error II 1003 ss.
- y coautoría II 1018
- fórmula sobre la puesta en marcha II 1005
- grupos de casos II 995 ss.
- imprudente II 979 ss.
- e inducción, delimitación II 991 ss.
- instrumento, ver allí
- lugar de comisión del delito I 265
- omisión II 1005 ss.
- tentativa de II 784, II 1005
- tiempo de comisión I 203

Autoría única II 963

Autoridad de gracia II 1375 ss.

Autoridades, información del Registro Central Federal II 1369 ss.

Autorización
- para la conminación en las normas penales en blanco I 162
- para la persecución penal II 1355

Autorización oficial, permiso I 541 ss.

Autotutela (derecho de) I 585
- error I 681

Auxilio necesario I 513
- deberes de I 513
- estado de necesidad justificante I 536-537
- para funcionarios de policía I 501
- legítima defensa I 513
- para el poder estatal I 513

Auxilio necesario del Estado I 500-501, I 513

Azar
- en la imprudencia II 874

B

Bagatelas (ver Delitos de bagatela)

Barcos
- delitos a bordo de los I 247 ss., I 253

Beneficios regístrales II 1369 ss.

Bien (es) jurídico(s) 7 ss., I 361-362, **I 378 ss.**
- antijuricidad material I 361-362
- atribución a la autonomía del individuo I 480
- capacidad de estado de necesidad II 725
- de la colectividad **I 560**
- concepto subjetivado I 552
- del Estado I 499-500
- extranjeros **I 259-260**, I 382
- internos **I 249**, I 253
- y objeto de la acción I 383
- pretensión de vigencia **I 10-11**, I 381
- valor del II 867

Bienes culturales, intereses (principio de universalidad) I 250

Bienes jurídicos individuales I 382
- consentimiento I 557
- legítima defensa I 500

Bienes jurídicos personalísimos I 382
- *consentimiento* I 561(58)
- querella II 1352-1353

Bienes jurídicos universales I 382
Bienes vitales, elementales I 10-11
Bigamia
- consentimiento I 560
- delito de Estado I 388-389
- delito de propia mano I 393-394
- objeto de la acción I 404

Biología criminal I 66
Bipartición de las acciones punibles I 82 ss.
Bipartición del proceso penal I 128
Bomberos
- derechos especiales de los I 528

C

Cadena perpetua II 1131 ss.
- concursos II 1086
- Derecho extranjero II 1142 ss.
- estadística I 48-49
- normativa registral II 1370, II 1371
- semiadultos I 643

Cancelación penal (ver Cancelación en el Registro Central Federal)
Cancelaciones en el Registro Central Federal II 1371 ss.
Capacidad de acción
- actio libera in causa I 656 ss.
- general I 332-333
- individual II 924

Capacidad de autodeterminación (ver también Libre albedrío) I 637
Capacidad de culpabilidad, incapacidad de I 633 ss.
- actio libera in causa **I 656 ss.**
- y causas de exculpación II 720
- confiscación de los beneficios II 1178
- delito imprudente II 890
- Derecho extranjero I 654 ss.
- disminuida I 652 ss.
- elemento de la culpabilidad I 631
- embriaguez 472, **I 660 ss.**
- embriaguez plena I 660 ss.
- grados de la I 639 ss.
- Registro Central Federal II 1369 ss.

Capacidad de culpabilidad disminuida, imputabilidad I 652 ss.
- Derecho extranjero I 654 ss.
- hospital psiquiátrico I 654

Capacidad de entendimiento y juicio
- en el acuerdo I 552
- en el consentimiento I 563
- consentimiento presunto I 571-572

Capacidad de imputación (ver Capacidad de culpabilidad)
Capitulares I 135
Carácter
- culpabilidad por el I 621

Casa de trabajo I 52
Casación II 1314 ss.
Caso "Contergan" I 410(6)
Caso "Cutting" I 246
Caso "John" I 440
Caso "Leder-spray" I 418
Caso "Leinenfanger" II 761
Caso "Lotus" I 249(44), I 262(77)
Caso del "metro de Goetz" I 517 (68)
Caso "Mignonette" I 290-291, I 307
Caso "Rose-Rosahl" I 458
Caso "Rey de los gatos" I 531
Caso "Sirius" II 995
Caso especialmente grave I 399
Caso menos grave I 396-397
Castración I 41, I 560
Casualidad (ver Azar)
Casuística I 189
Causa supralegal de exculpación II 753 ss.
- conflicto de deberes II 755 ss.
- decisión en conciencia II 761 ss.
- inexigibilidad II 758 ss.

Causalidad I 405 ss.

- por adelantamiento 302, I 418
- conforme a las leyes naturales I 408-409
- delitos de omisión **II 926 ss.**
- hipotética I 411, **II 927 ss.**
- de la infracción del deber de cuidado II 874 ss.
- interrumpida I 418

Causalidad por adelantamiento I 418

Causas de agravación de la pena (ver Agravación de la pena)

Causas de anulación de la pena y causas de exclusión de la pena (ver Causas personales de revocación de la pena y causas personales de exclusión de la pena)

Causas de atenuación de la culpabilidad I 694-695, II 720

Causas de atenuación de la pena (ver Atenuación de la pena)

Causas de exclusión de la culpabilidad II 717 ss., **II 719**
- error de prohibición I 662 ss., I 672 ss.
- incapacidad de culpabilidad I 633 ss.

Causas de exculpación II 717 ss., **II 720 ss.**
- conflicto de deberes II 755 ss.
- decisión en conciencia II 761
- desistimiento II 811
- error II 763 ss.
- estado de necesidad II 722 ss.
- exceso en la legítima defensa II 739 ss.
- función doble II 719
- inexigibilidad II 720
- legítima defensa II 719
- obediencia debida II 744 ss.
- orden antijurídica vinculante II 745
- orden no vinculante II 747 ss.
- provenientes del Derecho extranjero I 241
- supralegales II 755 ss.

Causas de justificación I 291, I 344, **I 472 ss.**
- autorización oficial I 541 ss.
- y causas de exculpación I 478
- conflicto de deberes I 538
- conformidad I 548 ss.
- consentimiento I 553 ss.
- consentimiento presunto I 567 ss.
- en delito imprudente II 882 ss.
- del Derecho extranjero I 242-243
- Derecho consuetudinario I 196-197
- y elementos de valoración global del hecho I 365-366
- error sobre I 488
- históricamente I 138
- informes parlamentarios I 278
- juicio ex ante y ex post I 488
- legítima defensa I 492 ss.
- parcialmente concurrentes I 491
- sistemática de las I 478 ss.
- supralegales I 347
- uso de la coacción estatal I 575 ss.

Causas innominadas de agravación de la pena I 399 ss.

Causas personales de exclusión de la pena 356, II 828 ss.
- accesoriedad II 980
- conflicto de deberes II 830
- error II 832
- y exceso en la legítima defensa II 740(3)
- exención de la jurisdicción alemana I 278 ss.
- in dubio pro reo II 833
- informes parlamentarios I 278, II 828
- inviolabilidad I 276 ss., II 830
- partícipes II 833
- privilegio de parientes II 832
- prohibición de la analogía I 199-200
- prescripción II 1359-1360

Causas personales de supresión de la pena II 828 ss.
- desistimiento II 823
- error II 832 ss.
- in dubio pro reo II 833
- partícipes II 833
- prohibición de la analogía I 199-200

Centro de desintoxicación II 1211 ss.

Centro de gravedad del comportamiento del autor (omisión o hacer positivo) II 907

Centro de terapia social II 1214

Certificado de buena conducta II 1369
Ciencia del Derecho penal
- en el Norte de Italia I 95-96
- global I 60
- origen I 138
- en el siglo XIX I 141

Ciencias sociales I 65-66
Cifra de condenados I 43-44
Cifra de frecuencia I 43-44
Cifra negra I 43-44
Circulares administrativas I 170
Circunstancias especiales II 1282
Circunstancias personales del autor II 1325
- sistema de cuotas diarias II 1150 ss.

Circunstancias relevantes para la individualización de la pena II 1318 ss.
- dolo II 1314
- prohibición de la doble valoración II 1342 ss.

Clases de tipos (ver Grupos de tipos)
Clásico (a)
- concepto del delito I 299 ss.
- escuela del Derecho penal **II 112-113**

Cláusula de merecimiento en la amonestación con reserva de pena II 1280
Cláusula de reprochabilidad I 190
Cláusula de salvaguardia I 166
Cláusulas generales I 190, I 508
Coacción
- en el acuerdo I 549-550
- en el consentimiento I 553-554
- en el ejecutor II 995
- estatal, aplicación de la I 575 ss.
- inmediata I 575

Coacción estatal como causa de justificación I 575 ss.
- error I 688

Coacción penal I 3
Coacciones
- error I 365-366

Coautoría II 1007 ss.
- accesoriedad II 980
- acciones preparatorias II 1050
- entre autores por acción y por omisión II 1020
- y autoría mediata II 1018
- causalidad I 418
- complicidad II 1007 ss.
- concepto restrictivo de autor II 965 ss., **II 969 ss.**
- en delito intentado II 1018 ss.
- delitos cualificados por el resultado II 1013
- en delitos de omisión II 1020
- elementos subjetivos del tipo I 472
- e inducción II 1026
- lugar de comisión del delito I 265
- sucesiva II 1013

Coautoría sucesiva II 1013
Codicia I 397, I 694 ss.
Codificación I 138, **I 158 ss.**
Código penal Imperial, historia de su origen I 141
Cohecho
- adecuación social I 372-373
- como delito especial propio I 393-394
- como delito autónomo I 395
- interpretación I 228-229
- tentativa inidónea II 803

Colaboración en delitos (ver Participación y partícipe en sentido amplio)
Combinación auténtica de dolo e imprudencia I 387-388
Combinación de dolo e imprudencia I 387-388, **II 855 ss.**
Comienzo de la acción ejecutiva (ver también Fórmula de la puesta en marcha) II 779 ss.
- autoría mediata II 784, II 1005
- coautoría II 1018
- delitos de omisión II 784, II 954 ss.
- inducción intentada II 1050 ss.

Comiso II 1189 ss.
- del permiso de conducir, ver Privación del permiso de conducir
- efecto II 1195

- procedimiento objetivo II 1195
- procedimiento posterior II 1195
- prohibición de la retroactividad I 207-208
Common Law I 163-164(13), I 188(2)
Comparación ético- jurídica (determinación alternativa) I 217 ss.
Complemento del tipo
- delitos de omisión II 903
- judicial I 361 ss.
Cómplice (ver Complicidad)
Complicidad II 1033 ss.
- accesoriedad II 980
- en cadena II 1041
- y coautoría II 1007 ss., II 1026 ss.
- en la complicidad II 1041
- concurso ideal II 1041
- concursos II 1041
- en los delitos militares I 161-162
- y elementos subjetivos del tipo I 472
- individualización de la pena II 1343-1344
- in dubio pro reo I 214-215
- en la inducción II 1041
- en la inducción intentada II 1050
- infracciones administrativas I 89-90
- intentada II 1046
- mediata II 1041
- medios de la II 1033
- como participación necesaria II 1042
- psíquica II 1033-1034
- en el suicidio I 224
Complicidad en cadena II 1041
Complicidad intentada II 1046
- inducción a la II 1050
Complot II 1013
Comportamiento del acusado, circunstancia determinante de la pena II 1330 ss.
Comportamiento del autor, circunstancia determinante de la pena
- posterior al delito II 1330 ss.
- durante el proceso II 1330 ss.
Comportamiento humano I 304-305, I 331-332
- socialmente relevante I 331 ss.
- voluntario I 324
Comportamiento procesal del acusado, circunstancia determinante de la pena II 1330 ss.
Comportamiento con voluntad consciente (finalidad) I 449
Concepto de autor II 965 ss.
- extensivo II 972
- primario II 969
- restrictivo II 969 ss.
- secundario II 969
Concepto de causalidad I 408 ss.
Concepto de culpabilidad
- la culpabilidad como fundamento de la pena I 596, **I 631 ss.**
- la culpabilidad en la medición de la pena I 596
- formal I 621
- funcional I 319
- fundamentos antropológicos I 596 ss.
- fundamentos dogmáticos I 613 ss.
- individual I 621
- material I 621
- psicológico I 301-302, I 617
- en el sentido clásico del delito I 301-302
- en el sistema neoclásico del delito I 306-307
- teoría final de la acción I 312 ss.
Concepto de delito I 82-83, **I 290 ss.**
- bipartito I 294(9), I 307-308(47)
- en la Criminología I 66
- estructura básica I 292 ss.
- material I 74-75
- sintomático I 80-81
- tripartito I 297 ss.
Concepto funcional de culpabilidad I 319
Concepto funcional de territorio nacional I 266-267
Concepto neoclásico del delito I 302 ss.
Concepto de patrimonio, jurídico y económico I 80
Concepto sintomático de delito I 80-81
Concepto unitario de autor II 965 ss.

- y concepto extensivo de autor II 972 ss.
Conceptos con relación de sentido I 397
Conceptos valorativos I 608
Conciencia I 608 ss.
Conciencia (conocimiento) de la antijuricidad I 662 ss.
- en los delitos de omisión II 951 ss.
- divisibilidad de la I 672
- y dolo I 313-314
- elemento de la culpabilidad I 631
- en el delito imprudente II 890

Conciencia jurídica
- de la comunidad, del pueblo I 77-78, I 102-103
- de la persona I 608

Conciencia del Derecho (jurídica) I 609
Conciencia errónea I 609
Conciencia del injusto (ver Conciencia de la antijuricidad)
Concierto para cometer un delito II 1052 ss.
- desistimiento II 1054 ss.

Conciliación autor-víctima II 1288 ss.
Concreto (a)
- peligro I 388 ss.
- redacción legal I 190

Concurso ideal II 1072 ss.
- conciencia del injusto I 672
- delitos de omisión II 1081
- Derecho extranjero II 1083 ss.
- dolo alternativo I 448
- efecto de sujeción II 1078
- heterogéneo II 1074
- homogéneo II 1074, II 1081
- inducción intentada II 1055
- tratamiento del II 1081 ss.

Concurso de normas (ver también Unidad de ley) II 1092 ss.
Concurso real II 1084 ss.
- aparente (impropio) II 1086
- Derecho extranjero II 1083 ss.
- heterogéneo II 1086
- homogéneo II 1086
- tratamiento del II 1086 ss.

Concursos II 1055 ss.
- de deberes de acción I 538 ss.
- impropios II 1092
- propios II 1094

Condicional
- excarcelación (ver también libertad condicional) II 1266 ss.
- suspensión de medidas (ver también allí) I 126

Condiciones económicas del autor
- circunstancia determinante de la pena II 1325
- sistema de días-multa II 1150 ss.

Condiciones objetivas impropias de la punibilidad II 839
Condiciones objetivas de la punibilidad II 833 ss.
- desvalor de resultado I 353 ss.
- error II 840
- lugar de comisión del delito I 264-265, II 840
- prohibición de la analogía I 199-200
- prohibición de la retroactividad I 202 ss.
- y resultado en los delitos imprudentes II 875(28)

Condiciones de punibilidad (ver Condiciones objetivas de punibilidad)
Condiciones de punibilidad propias II 839
Conditio sine qua non I 411 ss.
Conducir sin permiso para ello II 1078
Conducta preculpable
- actio libera in causa I 656 ss.

Confesión I 1331
Confiscación de los beneficios II 1178 ss.
- ampliada (ver allí)
- efectos II 1195
- procedimiento II 1195
- prohibición de retroactividad I 207-208

Confiscación ampliada de los beneficios II 1118
Conflicto de bienes I 569
Conflicto de deberes I 538 ss., I 582, II 753 ss.

- exculpante II 755 ss.
- justificante I 538 ss.

Conflicto de intereses I 374, I 569

Conminación penal
- como base jurídica de la pena, prevención general I 102-103, I 107-108
- como medio interpretativo I 232

Connivencia II 912

Consecuencias accesorias del delito II 1172 ss.

Consecuencias, derivadas del hecho
- y remisión de la pena II 1286 ss.

Consecuencias jurídicas del delito I 73, II 1105 ss.

Consecuencias jurídicas para el status personal II 1173

Consejo de Europa I 269 ss.

Consentimiento (ver también Acuerdo) I 546 ss.
- autopuesta en peligro I 557
- conocimiento del autor I 565 ss.
- contra las buenas costumbres I 558
- Derecho extranjero I 565 ss.
- históricamente I 554

Consentimiento del condenado
- para las reglas de conducta en la amonestación con reserva de pena II 1284

Consentimiento presunto I 546 ss., I 567 ss.
- error I 679
- y estado de necesidad agresivo I 525
- examen reflexivo I 488, I 571-572

Consideración en abstracto
- inducción intentada II 1050 ss.
- prescripción II 1360-1361
- tentativa II 784

Consideración en concreto
- determinación alternativa I 219-220
- retroactividad I 206-207

Constitución y Derecho penal I 17 ss.

Constitución anormal I 426

Constitutio Criminalis Carolina I 15, I 95-96, I 138, I 158, I 193, II 770,
- legítima defensa I 495-496
- principio de legalidad I 193
- tentativa II 770 ss.

Consumación I 204, I 393-394
- comienzo de la prescripción II 779
- delitos de emprendimiento II 790

Consunción
- de hechos típicos concomitantes II 1101

Contenido de culpabilidad I 632
- causas de exculpación II 721-722
- y causas supralegales de exculpación II 755
- delitos de bagatela II 1292
- delitos de omisión II 951
- disminuido II 730
- error sobre las causas de justificación I 681, II 763
- grados del II 719
- individualización de la pena II 1321
- obediencia debida II 747
- remisión de la pena II 1292

Contenido de injusto
- y causas de exculpación II 721-722
- como circunstancia determinante de la pena II 1321 ss.
- y contenido de culpabilidad I 632
- delitos de bagatela II 1292
- infracción del deber de cuidado II 874
- injusto de acción, ver allí
- injusto de resultado, ver allí
- material I 361-362
- remisión de la pena II 1292
- típico I 361-362, I 374

Contrato (deber de garante) II 932

Contrato social, teoría del I 106-107, I 193

Convención sobre el Derecho penal internacional (Consejo de Europa) I 245 ss., I 259

Convenciones de Ginebra I 183, I 196

Corporal (es)
- defectos I 631
- exámenes, intervenciones I 575
- incolumidad, integridad I 551, I 553-554, I 557

Correspondencia en los elementos de la acción II 942 ss.

Corresponsabilidad del ofendido
- como circunstancia determinante de la pena II 1321 ss.

Crímenes
- contra la Humanidad I 183-184
- contra la paz I 175

Crímenes de guerra I 183
- prescripción de los I 205-206

Criminalidad
- asociativa I 342
- de bagatela I 21-22
- ecológica I 155
- económica I 154, II 1360-1361
- gubernamental II 1365
- por imprudencia I 9
- informática I 155
- por la inflación I 44
- juvenil I 6-7
- organizada I 155
- precoz I 7
- tardía I 8-9
- de tráfico II 1129

Criminalística I 68

Criminogénesis I 8-9

Criminología I 60, **50 ss.**

Crónica judicial I 61

Cuidado II 867 ss.
- interno II 867
- requerido en el tráfico II 867 ss.

Culpabilidad I 74-75, I 96-97, I 294, I 298-299, I 349, I 596 ss.
- y antijuricidad I 596, **I 625 ss.**
- del autor en la participación II 980 ss.
- culpabilidad por el hecho I 80, I 621
- fundamento de la pena I 319, I 596
- en la imprudencia II 888 ss.
- individualización de la pena, límite superior I 319

Culpabilidad como fundamento de la pena I 319, I 596, **I 631 ss.**

Culpabilidad por el hecho (ver Culpabilidad por el hecho concreto)

Culpabilidad por el hecho concreto I 621

Culpabilidad como elemento de la individualización de la pena I 596, II 1321

Culpabilidad jurídica I 615 ss.

Culpabilidad como medida de la pena I 596

Culpabilidad por el modo de vida I 34, I 80, I 621

Culpabilidad por la voluntad

Culpabilidad de la organización I 337-338

Cumplimiento (ver Ejecución penal)

Cuota de delitos aclarados I 50

Curso causal
- adecuado II 882
- dirección del I 408
- error en el desistimiento II 819

Custodia de seguridad II 1214 ss.
- Derecho extranjero II 1222
- estadística I 54
- normativa registral II 1371 ss.
- prescripción II 1366
- en semiadultos I 643

D

Daños
- reparación como sanción II 1288 ss.

Daños a las cosas
- consentimiento I 553-554
- delito de lesión I 389-390
- imprudentes I 73-74
- unidad de ley II 1101

Deber de acción (ver también Deber de garante)
- en el conflicto de deberes I 538 ss.

Deber de cuidado
- en los delitos de omisión II 948 ss.
- individual 607, **II 891 ss.**
- objetivo 608 ss., II 867 ss.

Deber de examen, derecho
- en las causas de justificación I 688
- en la situación de necesidad II 729

Deber de examen previo, cuidado interno II 867

Deber de garante II 929 ss.

- concurso II 942
- error II 951 ss.
- unidad de acción II 1066

Deber de información
- del juez I 212-213
- del médico I 571 ss.

Deber de obediencia (del subordinado) I 582 ss.

Deber de omisión en el conflicto de deberes I 538, I 541

Deber de revelación de antecedentes II 1371 ss.

Deberes de evitar el resultado II 929 ss.

Deberes en la seguridad del tráfico 675, II 1063 ss.

Decisión en conciencia II 761 ss.

Declaración de culpabilidad
- amonestación con reserva de pena II 1276, II 1284
- concurso ideal II 1081
- unidad de ley II 1094

Declaración de culpabilidad con renuncia a la pena
- remisión de la pena II 831(9), II 1288, II 1292

Declaración falsa I 695, II 1055
- participación II 1050

Declaración judicial bajo estado de necesidad I 695
- error I 698-699

Declaración de voluntad, en el consentimiento I 561

Declararse dispuesto II 1053
- desistimiento II 1054

Defensa frente a cosas (§ 228 BGB) I 481, I 523 ss.
- relación valorativa de los bienes jurídicos I 481

Defensa ofensiva I 505

Defensa del Ordenamiento jurídico
- amonestación con reserva de pena II 1282

Défense Sociale I 110

Delictum sui generis I 395

Delincuente por inclinación I 8-9

Delincuente ocasional I 109

Delincuente tendencial (ver Delincuente por inclinación)

Delincuentes habituales I 6-7, I 108-109, I 124, II 1222

Delincuentes sexuales ver Delitos sexuales

Delito de mera actividad I 388

Delito básico, tipo básico I 395

Delito colectivo II 963

Delito de comisión I 391 ss.
- comisión por omisión II 903
- concurso ideal con el delito de omisión II 1081
- doloso I 343 ss.
- imprudente II 842 ss.

Delito continuado II 1066 ss.
- prescripción 770, II 1072
- tiempo de comisión I 203

Delito de encuentro II 1042

Delito menos grave I 82-83
- inconvertibilidad en infracciones administrativas I 87-88
- tentativa II 784

Delito imprudente II 842 ss.
- actio libera in causa I 658-659
- concursos II 1078
- individualización de la pena II 1321 ss.
- participación en II 860
- unidad de acción II 1063 ss.

Delito de lesión I 388-389
- imprudente II 874
- relación con el delito de peligro concreto I 388-389

Delito cometido por un órgano I 336 ss.

Delito permanente I 387-388
- legítima defensa contra el I 504
- lugar de comisión del delito I 264-265
- plazo de prescripción II 1359-1360
- tiempo de comisión I 203
- unidad de acción II 1059

Delito putativo II 795 ss.

Delito sui generis I 395

Delitos
- contra la Humanidad I 183-184
- contra la paz I 175
- tentativa II 784

Delitos de mera actividad I 383
- concurso ideal heterogéneo II 1074
- imprudentes II 852
- por omisión II 912
- sin objeto de la acción I 404
- tentativa II 790

Delitos autónomos (ver Delito sui generis)
Delitos de bagatela
- remisión de la pena II 1292 ss.

Delitos de circulación, ver Delitos de tráfico
Delitos colectivos II 963
Delitos compuestos I 391
Delitos de convergencia II 1042
Delitos cualificados por el resultado I 384 ss.
- coautoría II 1013
- condiciones de punibilidad I 426
- imprudencia I 384 ss.
- imputación objetiva I 426
- individualización de la pena I 387-388
- participación II 860
- prescripción II 1359-1360
- tentativa II 788
- y teoría de la condición I 384-385

Delitos a distancia I 263
Delitos de emprendimiento I 395, **II 790 ss.**
- desistimiento II 792, II 823

Delitos especiales I 393-394
- error sobre la idoneidad del sujeto II 803 ss.
- omisión II 929
- participación I 393-394

Delitos especiales impropios I 393-394
Delitos especiales propios I 393-394
- delitos de omisión II 929

Delitos de estado I 388
Delitos de falso testimonio I 395
- consentimiento I 560
- delitos de propia mano I 393-394

Delitos contra la familia I 153
Delitos de funcionarios
- delitos especiales propios I 393-394
- Derecho penal internacional I 253-254
- inhabilitación para cargo público II 1172 ss.

Delitos contra la Humanidad I 183-184
- prescripción de los I 205-206

Delitos impropios de funcionarios I 393-394
Delitos de infracción de deber II 975(30)
Delitos de intención I 470
Delitos menos graves
- tentativa II 784
- transformación en infracciones graves I 87-88

Delitos militares
- delitos especiales propios I 393-394
- embriaguez I 660

Delitos mutilados en dos actos, dolo I 392-393, I 470
Delitos de omisión (ver también Delitos de omisión propia y Delitos de omisión impropia) I 391, **II 898 ss.**
- actio libera in causa II 790
- concurso ideal II 1081
- Derecho extranjero II 917 ss.
- dolo II 944 ss.
- error sobre el mandato II 951 ss.
- examen de la equivalencia II 929 ss.
- exigibilidad II 761
- historia dogmática II 901 ss.
- imprudentes II 852, II 948 ss.
- injusto de acción II 942
- participación en II 957 ss.
- puesta en marcha de la realización del tipo II 784
- tentativa II 784, II 954 ss.
- tipo de los II 920 ss.
- unidad de acción II 1063 ss.

Delitos de omisión impropia I 391, **II 907 ss.**
- atenuación de la pena II 915 ss.
- autoría mediata II 1005 ss.
- causalidad I 404
- y delitos de omisión propia II 907 ss.

- Derecho extranjero II 917 ss.
- como Derecho consuetudinario I 163
- desistimiento II 957
- y función de garantía del Derecho penal II 912 ss.
- imprudencia II 948 ss.
- lugar de comisión del delito I 264-265
- participación II 957 ss.
- problemática de la equiparación II 929 ss.
- unidad de acción II 1063 ss.

Delitos de omisión propia I 391
- atenuación de la pena II 917
- imprudentes II 948-949
- legítima defensa contra I 498-499
- lugar de comisión del delito I 262-263
- tentativa II 954-955
- unidad de acción II 1066

Delitos de peligro I 388 ss.
- imprudentes II 852, II 874

Delitos de peligro abstracto I 389 ss.
- imprudentes II 874
- como infracción administrativa I 87-88
- lugar de comisión del delito I 262-263, I 264-265

Delitos de peligro concreto I 388-390
- imprudentes II 874
- lugar de comisión del delito I 264-265

Delitos perseguibles a instancia de parte II 1350

Delitos previos

Delitos de propia mano I 393-394
- participación II 975
- omisión II 944

Delitos propios de emprendimiento I 395

Delitos de resultado I 383

Delitos de resultado cortado I 392-393, I 470

Delitos sexuales
- consentimiento I 560
- delitos de tendencia I 470
- reproche culpabilístico I 613

Delitos simples I 392-393

Delitos de tendencia I 470

Delitos de tráfico I 161-162
- y amonestación II 1280
- consentimiento I 560-561
- delitos de peligro concreto I 389-390
- desvalor de la acción I 355
- estadística I 46
- formación vial I 9, II 1280
- imprudencia I 296
- inscripción registral II 1368 ss.
- privación del permiso de conducir I 130 ss., II 1232 ss.
- prohibición de conducir II 1168 ss.

Delitos de tráfico de drogas
- principio del Derecho mundial I 250, I 255-256

Delitos de tránsito I 262-263

Delitos de un solo acto I 392-393

Delitos de varios actos I 392-393
- lugar de comisión del delito I 262-263
- puesta en marcha de la realización del tipo II 784
- unidad de acción II 1059

Delitos violentos nacionalsocialistas I 16-17, I 178

Denuncia
- como inicio del proceso II 1354

Denuncia falsa
- consentimiento I 557
- publicación de la sentencia II 1177 ss.

Derecho
- y Ética individual I 360
- y Moral I 615 ss.

Derecho de asilo I 135

Derecho canónico I 138

Derecho civil
- accesoriedad del Derecho penal I 79
- concepto del injusto I 74-75
- consentimiento I 557
- elementos subjetivos del injusto I 466 ss.
- estado de necesidad I 525 ss.
- imprudencia II 867
- pretensiones, imposición I 585

Derecho de colisión I 241, I 281

Derecho comparado I 64
Derecho común I 138 ss.
- concepto de delito I 297
- desistimiento II 808
- dolo I 431 ss.
- teoría de la culpabilidad I 617, I 625
Derecho consuetudinario I 163 ss., I 196-197, I 212, I 281
- consentimiento I 554
- Derecho internacional I 195(31)
- en el Derecho penal angloamericano I 188
- en la época germánica I 133
- internacional I 176-177
Derecho de corrección I 582 ss.
- frente a niños ajenos I 571-572
- legítima defensa contra I 502-503
Derecho de corrección del maestro
- consentimiento presunto I 571-572
- problemas de error I 685
Derecho de detención, causa de justificación I 575
Derecho de estirpe I 134-135
Derecho de extradición I 246(32)
Derecho franco I 134
Derecho germánico I 133
- dolo I 431 ss.
- legítima defensa I 495-496
- tentativa II 770
Derecho imperial I 135-136
Derecho internacional penal I 171 ss.
- mínimum standard of justice I 260
- principio de territorialidad I 245 ss.
- reglas generales del I 175
Derecho jurisdiccional I 24-25
Derecho natural (teoría del) I 64, **I 106-107**, I 140 ss.
- concepto de culpabilidad I 617
- consentimiento I 554
- Derecho internacional penal I 175
- legítima defensa I 495-496
- principio de legalidad I 193
Derecho penal I 78-79, **I 160 ss.**
- no codificado I 160 ss.
- concepción jurídico-privada I 133
- como Derecho público I 23-24
- formal I 24-25
- leyes accesorias I 162
- leyes principales I 160 ss.
- material I 24-25
- político I 153
- sistema de I 62-63
Derecho penal de autor I 80
Derecho penal de bagatela I 148
Derecho penal comparado I 64
Derecho penal especial I 162
- autorización oficial I 541
- delitos imprudentes II 852
- delitos de omisión II 903
- publicación de la sentencia II 1177 ss.
Derecho penal federal I 166 ss.
- parcial I 283
Derecho penal forestal I 168
Derecho penal de la guerra I 81-82
Derecho penal del hecho I 80, I 621
Derecho penal interlocal I 280 ss.
Derecho penal juvenil
- normativa registral II 1368 ss.
- reforma I 147 ss.
Derecho penal militar (ver Delitos militares)
Derecho penal político I 153
- Derecho penal internacional I 259-260
Derecho penal regional I 166
Derecho penal tributario I 161, I 168
Derecho penal de la voluntad
- concepto unitario de autor II 965 ss.
Derecho regio I 134
Derecho de resistencia como causa de justificación I 481
Derecho de retorsión I 481
Derecho romano
- consentimiento I 554
- dolo I 431
- imprudencia II 845
- legítima defensa I 495-496
- origen de la pena I 95-96
- recepción I 136

Derecho de sufragio, pérdida del II 1172 ss.
Derecho de sufragio activo, inhabilitación II 1172 ss.
Derecho de sufragio pasivo, pérdida del II 1172 ss.
Derecho territorial general I 141-142
Derecho tutelar juvenil I 15
Derechos de la personalidad I 196, I 254-255
- como límites al poder punitivo I 16-17

Derechos de necesidad como justificación I 490-491, I 528
Derechos penales particulares I 141
Derechos de tercero
- comiso 858 ss., II 1195
- confiscación de los beneficios II 1178 ss., II 1195

Desconsideración
- circunstancia determinante de la pena II 1325
- en el tráfico viario I 75-76, **I 697**

Descriminalización del Derecho penal I 11, I 118, I 148, I 156
Descriptivos
- elementos de la causa de justificación I 685
- elementos del tipo I 397 ss.

Desistimiento II 805 ss.
- acciones preparatorias II 821, II 1054
- causa personal de supresión de la pena II 823, II 832
- criterios objetivos 583, II 819 ss.
- delito consumado II 821
- delito de emprendimiento II 823
- estadios previos de la participación II 1054
- partícipes II 821
- tentativa II 805 ss.
- tentativa acabada II 811 ss., **II 819 ss.**
- tentativa inacabada II 811 ss., **II 816 ss.**
- tentativa de participación II 1054
- tentativa de omisión II 957
- teorías jurídicas II 808
- voluntariedad II 816 ss.

Destrucción del medio ambiente I 155
Desuetudo I 164, I 202
Desvalor de acción I 12, I 75-76, **I 352 ss.**, I 480
Desvalor de la actitud interna I 75-76
Desvalor de resultado I 11, I 313-314, **I 352 ss.**, I 480
- inesencial I 652

Detención ilegal
- adecuación social I 371
- en cargo público II 747 ss.
- delito permanente I 387-388
- en ejercicio de facultades públicas I 575
- unidad de acción II 1062

Detención preventiva
- examen concienzudo I 579
- legítima defensa frente a I 502-503

Determinación alternativa 154 ss., I 216 ss.
- en el extranjero I 219

Difamación
- condiciones objetivas de punibilidad II 839
- delito de peligro abstracto I 391

Dignidad humana, protección de la I 16-17, I 599(2)
Diplomáticos, inmunidad I 278 ss.
Directrices judiciales para la individualización de la pena II 1306
Discrecionalidad del Tribunal
- amonestación con reserva de pena II 1282
- ejemplos reglados I 400-401
- individualización de la pena II 1295
- remisión de la pena II 1292

Dispensa de la pena (ver Remisión de la pena)
Disputa entre escuelas II 112-113
Divisibilidad
- de la conciencia del injusto I 672
- de la querella II 1354

División del trabajo
- deberes de cuidado II 874
- entre coautores II 1016 ss.

Doble
- dolo (partícipe) II 1052
- error II 803

Doble posición
- del dolo I 632

Doble valoración, prohibición de la II 1094, II 1288, **II 1342 ss.**

Doble vía I 9-10, I 20, II 1199

Dogmática del Derecho penal I 61, I 289 ss.

Dolo (doloso, a), delito I 265, **I 343 ss., I 426 ss.**
- actio libera in causa I 656-657
- adecuación social I 372-373
- del autor principal II 1033
- como circunstancia determinante de la pena II 1321
- clases de I 437
- componente del injusto de acción I 356
- en el concepto clásico del delito I 301-302
- concepto psicológico de la culpabilidad I 617
- y condición objetiva de punibilidad II 839
- y conciencia de la antijuricidad I 313-314
- delito de omisión II 948
- directo de primer grado I 437(26)
- directo de segundo grado I 437(26)
- doble función del I 632
- error sobre las causas de exculpación II 764
- y excepciones personales de la punibilidad II 832 ss.
- y finalidad I 313-314, **I 448**
- como forma de culpabilidad I 309, 451, I 632
- e imprudencia II 845 ss.
- tentativa fracasada II 800
- tentativa supersticiosa II 800

Dolo eventual
- aspecto de la culpabilidad
- delito de omisión II 948
- tentativa II 722

Doloso
- delito de comisión I 343 ss.
- delito de omisión II 944 ss.

Dolus
- culpa determinata I 384-385
- eventualis (ver Dolo eventual)
- generalis I 384-385, 337
- indirectus I 384-385
- subsequens II 926

Dominio del hecho II 975 ss.
- complicidad II 1033
- error sobre el II 1003 ss.
- funcional II 1016
- inducción II 1026
- en virtud de aparatos organizados de poder II 1003

Dominio funcional del hecho II 1016

Drogas (ver Delitos de tráfico de drogas)

Duración excesiva del proceso II 1337

E

Edad Media, doctrina jurídico-penal de la Italia del Norte I 137
- culpabilidad I 617
- tentativa II 770

Efecto bloqueador del tipo más leve I 396-397
- unidad de ley II 1101 ss.

Efecto de cosa juzgada
- comiso II 1195
- en el delito continuado II 1072
- plazos de prescripción II 1366

Efecto indiciario del tipo I 478
- ejemplos reglados I 400-401

Efecto intimidatorio I 102-103, II 113, II 116

Efecto de sujeción (concurso ideal) II 1078

Ejecución conjunta del delito II 1016 ss.

Ejecución penal II 1139 ss.
- abono de la prisión preventiva II 1345 ss.
- centro de desintoxicación II 1211 ss.
- comiso, confiscación de los beneficios II 1178 ss., II 1189
- custodia de seguridad II 1214 ss., II 1222
- duración II 1133 ss.

- hospital psiquiátrico II 1205 ss.
- medidas privativas de libertad II 1199 ss.
- penas de multa II 1157 ss.
- penas de prisión II 1139 ss.
- protección jurídica en la I 38
- publicación de la sentencia II 1177 ss.
- reforma **I 28-29**, I 68, I 145
- suspensión condicional II 1243 ss.
- vía única II 1222

Ejecución de las penas de multa II 1157 ss.
Ejecutor (ver Instrumento)
Ejemplo kantiano de la isla I 104
Ejemplos reglados I 84, I 189, **I 400 ss.**
- casos especialmente graves I 396-397

Ejército federal
- órdenes II 747

Elemento educativo
- en la ejecución penal I 108-109
- de la pena I 102-103, II 113

Elemento de seguridad de la pena I 112
Elementos de la actitud interna I 695 ss.
- impropios 343, I 695-696

Elementos de la culpabilidad I 623, I 690 ss.
- conciencia de la antijuricidad I 662 ss.
- configurados objetivamente I 693 ss.
- configurados subjetivamente I 694 ss.
- error sobre los I 697 ss.
- participación I 699.
- del tipo delictivo I 693 ss.

Elementos fundamentadores de la culpabilidad I 631 ss.
Elementos impropios de la actitud interna I 695-696
Elementos del injusto
- como elementos de la actitud interna I 695-696
- subjetivos (ver allí)

Elementos negativos del tipo I 366 ss.
Elementos personales especiales
- en la coautoría II 1020
- en la responsabilidad de los órganos I 339

Elementos positivos de la antijuricidad I 364
Elementos subjetivos de la antijuricidad I 295
Elementos subjetivos del injusto I 306, I 356, **I 466 ss.**
- unidad de acción II 1059

Elementos subjetivos de la justificación I 483 ss.
- autorización oficial I 544
- coacción estatal I 579
- consentimiento I 483-484(27), I 565 ss.
- delito imprudente II 885
- preservación de intereses legítimos I 483-484(27)

Elementos subjetivos del tipo I 466 ss.
- coautoría I 472
- dolo del inductor, cómplices I 472
- tentativa I 472

Elemento(s) del tipo I 378 ss., I 437
- aprobación como I 548
- coautoría II 1016
- condición objetiva de punibilidad II 833
- cualificadores I 395 ss.
- delitos de omisión II 922 ss., II 942 ss.
- descriptivos I 191, 316, I 685
- dolo I 437
- ejemplos reglados I 400 ss.
- elementos de valoración global I 437
- indeterminados I 191-192
- negativos I 366
- normativos I 191, I 685
- objetivos I 402 ss.
- omitidos I 361-363
- participación II 963 ss.
- privilegiantes I 395 ss.
- subjetivos (ver allí)

Elementos de valoración global del hecho I 364 ss., I 437
- dolo I 437

Embargo
- como facultad oficial I 575
- legítima defensa contra I 502-503

Embriaguez
- Derecho extranjero I 661(87)

- tratamiento en el Derecho penal **I 660 ss.**
Embriaguez alcohólica I 660 ss.
Embriaguez plena (como delito) I 660 ss.
- delito de peligro abstracto I 662
- como delito de propia mano I 393-394
Empresarial
- pena I 21-22
- secreto I 254
Encubrimiento personal (ver también Encubrimiento real) II 840
- tras la terminación del delito II 840
Encubrimiento real (ver también Encubrimiento personal)
- delito impropio de emprendimiento I 395
- determinación alternativa I 218(24)
- del hecho posterior copenado II 1101
- lugar de comisión del delito I 262-263
- privilegio de los parientes II 832
- tentativa inidónea II 792
- tras la terminación del delito II 840
Enfermo (s) mental (es)
- y consentimiento I 563
- como destinatario de la norma I 350-351
- facultades públicas frente a un I 575
- homicidio de un II 763
- legítima defensa contra I 498-499, I 502-503, I 508-509
Engaño
- en el acuerdo I 549-551
- de quien consiente I 563
Entrada en vigor de las leyes I 202
Epilepsia I 332, 470
Equiparación del hacer positivo y la omisión II 901 ss.
- primer criterio II 929 ss.
- segundo criterio II 942 ss.
Equivalencia valorativa de los deberes de acción I 541
Error I 449 ss.
- en la actuación por instrucción u orden I 582
- en el acuerdo I 550-551
- sobre el ámbito de vigencia del poder punitivo I 265
- sobre la antijuricidad I 662 ss.
- capacidad de culpabilidad II 1003 ss.
- sobre las causas de exculpación II 763 ss.
- sobre las causas de justificación I 488, I 679
- sobre el consentimiento I 553-554, I 564-565, I 679
- en los delitos de omisión impropia II 951 ss.
- Derecho extranjero I 544 ss., II 737 ss.
- en el desistimiento II 819
- en la detención provisional I 579
- sobre el dominio del hecho II 1003 ss.
- en el estado de necesidad I 686
- en el estado de necesidad exculpante II 736 ss.
- in persona, objeto (ver Error en el objeto)
- sobre los presupuestos del proceso I 466
- del superior I 582, II 745
- tipos abiertos I 365-366
Error sobre los límites
- en las causas de exculpación II 737, II 763
Error sobre el mandato II 951 ss.
Error en los motivos
- en el consentimiento I 562-563
Error en el objeto
- consentimiento I 565
Error permisivo (ver también error de prohibición) I 681
Error de prohibición I 151, I 296, I 313-314, **I 662 ss., I 672 ss.**
- actuación en virtud de obediencia debida II 745
- como causa de exclusión de culpabilidad II 719
- delito imprudente II 890
- Derecho extranjero I 688 ss.
- Derecho consuetudinario I 163
- estado de necesidad justificante I 686
- y estado de necesidad putativo 301, II 736
- indirecto **I 679 ss.**
- inverso I 672, II 800

- tipos abiertos I 365-366
Error de prohibición (tipos) I 672 ss.
Error de redacción I 236
Error inverso de subsunción, de tipo y de prohibición II 800
Error de tipo I 151, I 296, I 313-314, **I 426 ss.**
- acuerdo I 550-551
- y error sobre las causas de exculpación II 763
- inverso II 800
- tipo abierto I 365-366

Error sobre el tipo permisivo I 514, I 579, I 679, **I 681 ss.**
- y error indirecto de prohibición I 679
- y error sobre los límites I 679

Error de valoración I 686
Escándalo, provocación I 397, I 403-404
Escuchas
- de conversaciones telefónicas I 234
- de emisoras extranjeras I 16-17

Escuela de Kiel I 309
Escuela Moderna del Derecho penal I 110, 90 ss., I 146
Escuela sociológica del Derecho penal I 109
Esfuerzo voluntario y serio (desistimiento) II 816 ss.
Especialidad
- en el Derecho de extradición I 16-17

Espejo de Sajonia I 136
Espejo de Suabia I 136
Establecimiento asistencial o de curación (ver también Hospital psiquiátrico) I 52, I 575
Estado pasional (ver Arrebato)
Estadios previos de la participación II 1046 ss.
Estadística
- cadena perpetua I 48-49
- cifra de frecuencia I 43-44
- pena de multa I 53
- delitos descubiertos I 46
- persecución penal I 43-44
- privación del permiso de conducir II 1129
- Registro Central Federal II 1368

Estadística criminal de la Policía I 43
Estado de Derecho
- concepto de culpabilidad I 631
- concepto formal I 38, I 185
- concepto material I 38, I 185
- condiciones objetivas de punibilidad II 840
- Derecho penal de autor I 81-82
- elementos de la actitud interna I 697
- mandato de certeza (ver allí)
- prohibición de retroactividad (ver allí)
- sistema clásico del Derecho penal I 301-302

Estado de necesidad I 517 ss.
- en caso de orden vinculante I 582
- en el Derecho extranjero I 544 ss.

Estado de necesidad agresivo (§ 904 BGB) (ver también Estado de necesidad) **I 525 ss.**
Estado de necesidad defensivo (ver Defensa frente a cosas)
Estado de necesidad defensivo originado por personas I 536-537
Estado de necesidad estatal I 501-502
Estado de necesidad exculpante II 724 ss.
- atenuación punitiva II 735 ss.
- auxilio necesario I 513
- bienes jurídicos II 725
- cláusula de exigibilidad II 725, **II 730 ss.**
- en los delitos de omisión II 951
- Derecho extranjero II 737 ss.
- error II 736 ss.
- jurídico-penal I 523

Estado de necesidad jurídico-civil (§ 904 BGB) I 525 ss.
Estado de necesidad justificante 377 ss., I 528 ss., II 724
- clases I 520 ss.
- y conflicto de deberes I 538 ss.
- Derecho extranjero I 544 ss.
- error I 686
- error de tipo permisivo I 686

- indicaciones I 523
- preservación de intereses legítimos I 591

Estado de necesidad putativo I 686-687, II 736

Estado de necesidad supralegal (ver también Estado de necesidad justificante) 380, I 528, 386, II 725(5)

Estafa
- comienzo de la prescripción II 1359-1360
- confiscación de los beneficios II 1180
- delito de resultado I 384-385
- delito de resultado cortado I 392-393
- determinación alternativa I 218(24, 25)
- por omisión II 912
- frente a parientes II 830
- tentativa II 783-784

Estatuto de las tropas de la OTAN I 279

Esterilización I 558-559

Estructura estratificada de la personalidad I 611

Estructura ontológica del concepto de delito I 312

Ética cristiana, teorías de la pena I 105

Ética individual I 360

Ética social I 360

Ético-social (es)
- consideración I 312-313
- juicio de desvalor I 97
- restricciones al derecho de legítima defensa I 507 ss.
- valores de acción I 9-10

Europeo (a, os, as)
- Convención sobre Derecho penal internacional (Proyecto), véase allí
- Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales I 16-17, I 196, I 513, II 1126
- Derecho penal I 268 ss.
- Tribunal I 258
- Unión I 16-17, I 255-256, I 268 ss.

Excarcelación
- a prueba (ver Libertad condicional)
- derivada de la ejecución de la medida II 1211

Exceso en la legítima defensa II 800 ss.
- extensivo II 740
- intensivo II 739

Exención de la jurisdicción alemana (ver también Causas personales de exención de la pena) I 278 ss.

Exigibilidad (ver también Inexigibilidad)
- obligaciones, reglas de conducta II 1284

Expiación I 96-97, I 100

Extensivo (a)
- concepto de autor II 972 ss.

Extorsión
- bienes jurídicos I 391
- consumación II 779
- por omisión II 942

Extradición, derecho de I 246(32)

Extradición, prohibición de la
- de alemanes I 257

Extrapenal (es)
- concepto del Derecho penal internacional I 265 ss.

Extranjero (a, os, as)
- amnistía I 252
- codificación del Derecho penal I 158(1)
- Derecho penal I 175, I 241
- Estados-, delitos contra I 174
- jurisdicción I 180
- lugar de comisión del delito I 249
- nacionalidad I 268
- poder punitivo alemán sobre I 250
- punición (abono) II 1348
- sentencias penales I 252
- tribunales I 175

Extranjero (Estado, territorio) I 268

Extraterritorial I 248 ss.

F

Facultad de mando del superior I 579 ss.

Facultades públicas, como causa de justificación I 573 ss.
- examen reflexivo I 488

- en la imprudencia II 883
Falsedad documental
- como acción defensiva I 491
- bien jurídico I 381
- comiso II 1189
- consentimiento I 553-554
- delito putativo II 803
- elemento normativo del tipo I 399, I 403-404
- interpretación I 227
- tentativa II 784
Falso testimonio
- actio libera in causa I 656-657
- y afirmación falsa I 395
- determinación alternativa I 218(24)
- elementos descriptivos del tipo I 397
- error sobre causa de exculpación II 764
- individualización de la pena II 1337-1338
- participación II 1050
Faltas I 81-82
Filosofía del Derecho I 63-64
Finalidad I 304 ss.
- y dolo I 448-449
Finalidad correctiva II 1211
Finalidad educativa (derecho de corrección) I 585
Finalismus I 309 ss.
Fines
- de la individualización de la pena II 1306 ss.
- de los mandatos oficiales I 579 ss.
- de la Política criminal I 62-63
- del sistema de sanciones I 301-302
Fines de la pena
- en la individualización de la pena II 1306 ss.
- en la jurisprudencia II 115
Fines de la ejecución de la pena II 1139 ss., II 1199 ss., II 1205, II 1211 ss.
Fiscal(ía)
- como autoridad en la ejecución penal II 1157
- como autoridad en la persecución penal II 1357
- como autoridad registral II 1368, II 1369
- facultad oficial I 575
Formación vial I 9, II 1280
Formación de la voluntad
- actuación en virtud de obediencia debida II 751
- capacidad de culpabilidad I 643
- elementos de la culpabilidad I 693 ss.
- error sobre las causas de exculpación II 764
- exceso en la legítima defensa II 740 ss.
- libertad de la I 548 ss.
- principio de culpabilidad I 596
- reproche culpabilístico I 621, I 632
Formal
- Estado de Derecho I 38-39, I 188
- Ley I 169-170
- teoría del deber jurídico II 929
- teoría objetiva (tentativa-preparación) II 779
Formas de culpabilidad I 301-302, I 309
Fórmula del animus II 972 ss.
Fórmula de la puesta en marcha (tentativa) (ver también Comienzo de la acción ejecutiva).
- actio libera in causa II 784
- delitos de omisión II 784
Fraude de etiquetas
- ejecución I 128
- multas administrativas contra asociaciones I 337-338
Fuentes del Derecho penal I 131 ss., I 157 ss.
- jerarquía de las I 165 ss.
Fuerza irresistible I 332
Fuerzas de ocupación I 196, I 207, I 243-244
Función de garantía del Derecho penal I 28, 128 ss., I 483
- condiciones objetivas de punibilidad II 840
- delitos de omisión impropia II 912 ss.
Función de llamada del tipo I 370

Funcionario público
- como cualidad personal I 393-394
- como elemento normativo del tipo I 399
- error sobre el nombramiento II 803, II 804-805
- inhabilitación II 1172 ss.
- obediencia debida como causa de exculpación II 745

Funcionarios de policía
- actuación en virtud de mandato I 575 ss.
- derechos especiales I 527-528

Fundamentación de la pena
- elementos de la culpabilidad I 693

Fundamentos antropológicos del concepto de culpabilidad I 596 ss.

G

General (- es), común (- es)
- conceptos valorativos I 191
- delitos I 392-393
- libertad de acción I 40
- reglas de Derecho internacional penal I 175, I 180

Genocidio I 184
- penalidad II 1131
- prescripción II 1359-1360

Gestión de negocios sin mandato
- consentimiento presunto I 570
- querella II 1352-1353

Gracia (ver Indulto)

Grados
- de la rehabilitación II 1370 ss.

Grados de la edad I 637 ss.

Grupos de tipos I 383 ss.

H

Habitualidad I 81-82

Hecho cometido en estado de embriaguez (ver también Embriaguez plena) I 660
- imprudencia II 890(4)

Hecho posterior copenado (ver Hecho posterior impune)

Hecho posterior impune II 1100, II 1101

Hecho principal II 980 ss.

Hechos cometidos en el extranjero I 240 ss.
- contra alemanes I 254-255
- por extranjeros I 248 ss.
- con participación en territorio nacional I 252

Hegelianos
- consentimiento I 554
- teoría de la culpabilidad I 617

Heterogéneo (as)
- concurso ideal II 1074
- concurso real II 1088 ss.
- penas individuales II 1088 ss.

Historia del Derecho penal I 131 ss.

Historia de la Dogmática I 62-63, I 378

Histórica
- Escuela del Derecho I 554
- interpretación I 228-229

Hogar de acogida I 7

Hombre de atrás II 992 ss.
- error del II 1003

Hombre medio como criterio de medición II 758

Homicidio, muerte dolosa
- delito de lesión I 389-390
- delito de resultado I 383
- tras una provocación I 695-696
- tipo básico I 396-397

Homicidio a petición I 77-78, I 84
- consentimiento I 557
- como privilegio I 84, I 396-397, I 694-695

Homogéneo
- concurso ideal II 1074, II 1081
- concurso real II 1086

Homosexualidad
- supresión de su punibilidad I 153

Honor
- bien jurídico I 78-79, I 259
- riesgo permitido I 591

Hospital psiquiátrico II 1205 ss.
- duración del internamiento II 1211

- estadística I 54
- normativa registral II 1371 ss.

Huida del lugar del accidente
- bien jurídico I 382-383
- concursos II 1063, II 1078, II 1081, II 1086
- delito de propia mano I 393-394
- estado de necesidad exculpante II 726
- individualización de la pena II 1330
- interpretación I 198-199, I 232-233
- participación II 1020
- tentativa II 805

Hurto
- actio libera in causa I 656-657
- acuerdo I 549
- agente provocador I 552
- autoría mediata 718, II 1003
- bien jurídico I 382-383
- en la casa y familia II 830
- *consentimiento presunto* I 569
- como delito mutilado en dos actos I 392-393
- en el Derecho penal de los Länder I 168
- determinación alternativa I 213, I 216
- dolo alternativo I 448
- ejemplos reglados I 396-397, I 399 ss.
- estadísticas I 50
- individualización de la pena II 1150
- injusto de bagatela I 87
- objeto de la acción I 383
- entre parientes II 830
- reincidencia I 218(24)
- tentativa II 796
- variaciones del tipo básico I 153

I

Idea de la adecuación I 384-385
Idea del fin en Derecho penal I 108
Identidad
- del núcleo injusto I 220

Igualdad de sacrificio II 1150
Ilustración I 64,, I 139 ss., I 297
Imperativo categórico I 104
Imprudencia II 845 ss.
- clases de II 852 ss.
- combinación de dolo e imprudencia II 855 ss.
- y concepto final de acción I 315
- condición objetiva de punibilidad II 840
- conocimientos especiales del autor II 860, II 896
- y delitos de omisión II 948 ss.
- en Derecho civil II 867
- Derecho extranjero II 863 ss.
- Derecho penal regional I 166-167
- error de prohibición II 890
- error sobre las causas de exculpación II 764
- error de tipo I 426
- exceso en la legítima defensa II 891
- como circunstancia determinante de la pena II 1321 ss.
- grados de la II 852
- leve II 855

Imprudencia consciente II 852 ss.
- en delito de omisión II 948 ss.
- e inexigibilidad II 761, II 896 ss.
- participación en la II 860, II 979 ss.

Imprudencia inconsciente II 852 ss.
- conciencia del injusto II 890
- participación en II 860
- previsibilidad objetiva II 882
- previsibilidad subjetiva II 894 ss.

Imprudente (s)
- autoría accesoria II 1016
- autoría mediata II 979 ss.
- delitos de comisión II 842 ss.
- delitos de lesión II 874
- delitos de omisión II 852
- delitos de peligro II 874-875
- delitos de resultado II 874
- *legítima defensa contra la actuación imprudente* I 498-499
- lesión corporal II 874
- muerte II 874
- participación II 860

- tentativa II 860
Impunidad
- causas de exculpación II 720 ss.
- desistimiento del delito consumado II 821
- desistimiento de la tentativa II 805 ss.
- y remisión de la pena II 1284 ss.
- tentativa irreal II 800
Imputabilidad (ver Capacidad de culpabilidad)
Imputabilidad del delito (ver también Imputación objetiva) I 633 ss.
Imputación objetiva I 405 ss., I 422 ss.
- criterio I 411
- delitos de omisión I 411, **II 926 ss.**
- error en el desistimiento II 819
- resultado más grave I 386
Imputación subjetiva I 431 ss., I 623 ss.
- baremo del juicio de culpabilidad I 628 ss.
- concepto material de culpabilidad I 621
- culpabilidad de la imprudencia II 888 ss.
- dolo I 431 ss.
- objeto del juicio de culpabilidad I 627 ss.
- principio de culpabilidad I 599 ss.
- teoría de la culpabilidad I 617 ss.
In dubio mitius I 227
In dubio pro libertate I 227
In dubio pro reo I 210 ss.
- amnistía II 833
- y determinación alternativa I 214
- excepciones personales de la punibilidad II 833
Incapacidad de imputación (ver Incapacidad de culpabilidad)
Incendio
- imprudente II 874
Incesto (ver también Yacimiento entre parientes) I 76-77
- antiguo privilegio I 693, II 830 ss.
- conciencia del injusto I 672
- tipo de culpabilidad I 691
Inconsciencia
- ausencia de acción I 331-332
- consentimiento presunto I 569
Indemnización
- por las medidas de persecución penal I 28-29, II 1368
Indeterminada (dos)
- conceptos jurídicos I 191-192
- duración de las medidas de seguridad I 130-131
- pena de prisión I 117
- pena relativamente I 129(23)
Individualización del Derecho penal I 692
Individualización de la pena II 1295 ss.
- como acto de configuración social II 1298(2)
- combinación de dolo e imprudencia II 855 ss.
- concurso ideal II 1081 ss.
- concurso real II 1086 ss.
- controles judiciales II 1306, II 1314 ss.
- en los delitos cualificados por el resultado I 387-388
- en los delitos de omisión impropia II 915 ss.
- Derecho extranjero II 1315 ss.
- Derecho penal internacional I 241
- desistimiento de la tentativa II 808
- fundamentos II 1295 ss.
- pena de multa **II 1150 ss.**
- pena global II 1088 ss.
- personalidad del autor II 1325 ss.
- praxis de la II 1306
- principio de culpabilidad I 34, I 36-37
- prohibición de la doble valoración II 1342 ss.
- reincidencia 961 ss. Inducción 693, II 1026 ss.
- accesoridad en la II 980
- y autoría mediata II 991 ss.
- en la autoría accesoria II 1026
- en cadena II 1026, II 1041
- en la coaucoría II 1026
- a la complicidad intentada II 1045
- concierto para la II 1052
- concurso ideal II 1041

- concursos II 1041
- en delitos militares I 161
- fases previas de la II 1045 ss.
- fracasada II 1052
- in dubio pro reo I 214-215
- a la inducción II 1041
- inidónea II 1052
- intentada II 1050 ss.
- medios de II 1026
- por omisión II 1033
- como participación necesaria II 1042 ss.
- tentativa II 1050 ss.

Inducción en cadena intentada II 1050

Inducción intentada (ver también Tentativa de participación) II 1045 ss., **II 1050 ss.**
- complicidad II 1050
- desistimiento II 1054 ss.
- subsidiariedad II 1041

Inducción ineficaz (ver también inducción intentada) II 1052

Indulto II 1373 ss.

Inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma II 720, **II 758 ss.**
- como causa de exculpación general II 758
- como causa de exculpación supralegal II 758 ss.
- delitos de omisión II 761
- derecho de legítima defensa, restricción del I 508-509
- error II 737
- encubrimiento personal II 761
- estado de necesidad II 730 ss., II 735 ss.
- idea fundamental de las causas de exculpación II 720
- imprudencia II 761, II 896 ss.
- como principio regulativo II 761

Infanticidio
- error I 698-699
- tipo de culpabilidad I 694-695

Información del Registro Central Federal II 1369 ss.

Informes parlamentarios, veraces I 278

Infracción del deber
- como circunstancia determinante de la pena II 1321

Infracción del deber de cuidado II 867 ss.
- en caso de varios intervinientes II 860, II 979 ss.
- y finalidad I 327-328
- unidad de acción II 1063 ss.

Infracción juvenil I 643

Infracciones administrativas
- competencia legislativa I 166 ss.
- concurso real II 1086
- definición material I 87
- Derecho de la circulación I 161
- omisiones II 903(19)
- de órganos I 336-337
- procedimiento I 89-90

Infracciones de tráfico I 9, I 87

Inhabilitación para cargo público (ver Pérdida de la capacidad para desempeñar cargos públicos)

Inhabilitación para el derecho de sufragio activo (ver Pérdida del derecho de sufragio activo y pasivo)

Inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo (ver Pérdida del derecho de sufragio activo y pasivo)

Inhabilitación profesional II 1239 ss.
- estadística I 54, II 1239(36)

Injurias
- adecuadas socialmente I 372-373
- circunstancias externas I 404
- concursos II 1062
- consentimiento I 557
- delito de propia mano I 393-394
- delito de resultado I 383
- publicación de la sentencia II 1177 ss.
- querella II 1350

Injusto (ver Antijuricidad)

Injusto de acción I 352 ss.
- causas de exculpación II 721-722
- como circunstancia determinante de la pena II 1321
- y consentimiento I 565

- delitos de omisión II 942
- imprudencia II 867 ss.
- inducción II 1033
- intervención médica curativa I 346-347
- tentativa II 771

Injusto personal de la acción I 314-315, I 355 ss.
- causas de exculpación II 721-722
- dolo I 632
- elementos de la actitud interna I 697

Injusto de resultado I 314-315, I 355 ss.
- causas de exculpación II 721-722
- consentimiento I 565
- tentativa II 771

Inmoralidad
- castración y esterilización I 558-559
- consentimiento I 557
- en el consentimiento presunto I 571-572
- infracciones administrativas I 89

Inmunidad, parlamentarios I 276 ss.

Insolvencias fraudulentas I 155

Instituciones de utilidad social, prestaciones 906, 914, II 1284

Instrumenta sceleris II 1189

Instrumento, autoría mediata
- que actúa atípicamente II 995
- autoría mediata II 992 ss.
- que actúa sin dolo II 995
- plenamente responsable II 1003

Intención I 437 ss.
- elemento subjetivo del tipo I 470

Interés jurídicamente protegido I 500

Interés público especial en la persecución penal II 1352

Intermediario (ver Instrumento)

Internacional (es)
- Asociación Internacional Criminalística I 110
- asociaciones científico-jurídicas I 110
- Convenios I 255-256
- delincuencia I 250
- Derecho penal I 240 ss.
- Derecho procesal penal I 242-243
- injusto I 74-75
- inmunidad I 278 ss.
- jurisdicción I 182
- Law Commission I 179
- lucha contra la delincuencia I 243-244, I 261
- prohibición de abuso I 242-243
- soberanía I 182
- Sociedad para la Defensa Social I 110
- sociedades jurídico-penales I 65
- Tribunal, permanente I 249(44)

Interpretación I 221 ss.
- conforme al Derecho consuetudinario I 196-197
- conforme a la Constitución I 229-230
- y Derecho extranjero I 65
- dificultades de I 672
- extensiva I 232-233
- reglas de I 227 ss.
- restrictiva I 232-233

Interpretación conforme a la Constitución I 229-230

Interpretación gramatical I 227

Interrupción
- del curso causal I 418
- de la prescripción de la persecución II 1362

Interrupción de la causalidad I 418

Interrupción del embarazo (ver también Aborto)
- arbitraria I 571-572
- deber médico de examen I 686
- imprudente II 852
- por indicación médica I 528-529

Intervención menos lesiva, principio de I 505, I 579, II 739

Inutilización
- prohibición de retroactividad I 207-208

Inviolabilidad I 276 ss.
- informes parlamentarios I 278
- de parlamentarios I 276

J

Jerarquía
- de deberes I 538
- de fuentes del Derecho penal I 165 ss.

Jóvenes
- ejecución de la pena I 25-26
- legítima defensa contra I 508-509
- privación del permiso de conducir II 1232

Juicio de culpabilidad, reproche de
- causas de exculpación II 720 ss.
- imprudencia II 890 ss.
- objeto del I 627 ss.

Juicio de Nuremberg, Sentencias I 176 ss., I 183

Jurídica (s)
- lógica I 223 ss.
- profesiones I 61
- teoría de la causalidad I 405 ss.

Jurisdicción (ver también Derecho penal internacional) I 276

Jurisprudencia (ver Resoluciones judiciales)

Justicia
- absoluta, relativa I 608
- en el caso concreto I 243-244, I 246-247
- distributiva I 4, I 41
- y dogmática del Derecho penal I 61
- necesidad de I 96-97

Juventud
- como bien jurídico I 75-76

L

Lagunas legales
- concepto de autor I 231-232
- en el Derecho penal internacional I 250
- punibilidad ante I 189

Legislación simbólica I 77-78

Legislador, legislación
- competencia I 166(1)
- libertad de decisión, discrecionalidad I 201
- técnica I 188 ss.

Legítima defensa I 492 ss.
- frente a una actuación ajustada a Derecho I 502-503
- arrebato II 742-744
- aspecto jurídico-social I 495-496
- Convenio de Derechos Humanos I 513 ss.
- Derecho extranjero I 514 ss.
- error I 514
- frente al estado de necesidad I 523
- a favor de bienes jurídicos del Estado, de la comunidad I 500
- frente al hecho exculpado I 498-499, I 502-503, II 719
- frente a la legítima defensa I 502-503
- frente a una orden vinculante I 582
- prohibición de abuso I 505-506
- restricciones del derecho de defensa I 507 ss.
- en el tráfico viario I 498-499
- voluntad de defensa I 505

Legítima defensa del Estado I 501-502

Legítima defensa preventiva I 504

Legítima defensa putativa I 514, II 740

Lesión del bien jurídico I 12, I 346-347
- delito de omisión impropia II 929 ss.
- imprudencia II 867 ss.

Lesión corporal
- adecuación social I 372-373
- con consecuencias graves I 384-385, I 391
- consentimiento I 557 ss.
- consentimiento presunto I 569
- derecho de corrección I 582 ss.
- en el ejercicio del cargo público I 393-394
- participación II 1020
- peligrosa I 234
- querella II 1350
- con resultado de muerte I 384-385, I 391

Ley
- abstracta, concreta, general I 189
- ad hoc I 202
- formal, material I 169-170, I 196

Ley intermedia, más favorable I 207

Ley penal

- ámbito de aplicación espacial I 268
- competencia de la legislación de los Länder I 166-167 ss.
- componentes I 73
- en el Estado de Derecho I 185
- formación de tipos I 189

Ley penal en blanco I 78-79, **I 162**
Ley penitenciaria II 1139 ss., II 1222
Ley de protección a las víctimas I 145
Ley temporal I 207-208
Leyes de paz territorial I 136
Libertad
- como bien jurídico II 725
- personal, individual, del hombre I 599 ss.

Libertad condicional, II 1266 ss. (ver también Suspensión del resto de la pena)
Libertad vigilada II 1227 ss.
Libre albedrío I 599 ss.
Lugar de comisión, ver Lugar de comisión del delito
Lugar de comisión del delito
- en la condición objetiva de punibilidad I 263-264, II 840
- extranjero I 249
- participación I 264

Luxuria (ver Imprudencia consciente)

M

Magna Charta
- del delincuente I 193
- Libertatum I 81-82, **I 108-109**, I 202

Malicia I 697
Mandato de certeza I 38, I 129, I 148-149, I 201
Mandato oficial
- como causa de exculpación II 744 ss.

Manifestación (violenta) I 582
Marco punitivo I 191-193
- concurso ideal II 1081 ss.
- doble valoración II 1342 ss.
- extranjero I 241
- individualización de la pena, medición de la pena II 1298, II 1339
- pena global II 1088 ss.

Materia de prohibición I 361-362
Material
- antijuricidad (ver Antijuricidad)
- bien, como bien jurídico I 378 ss.
- contenido de injusto (ver Contenido de injusto)
- teoría jurídica de la prescripción II 1358
- teoría objetiva (participación) II 969 ss.
- teoría objetiva (tentativa) II 779

Materiales legales I 228-229
Matrimonio
- adulterio, exclusión de la punibilidad I 153
- como concepto jurídico I 80

Mayoría de edad penal, minoría
- absoluta I 637
- condicionada I 637

Medicina legal I 68
Médico (s)
- consentimiento I 679
- consentimiento presunto I 571-572
- deber de información I 571 ss.
- deber de sigilo I 346-347
- deberes de cuidado II 867
- indicación, interrupción del embarazo I 61, **I 528 ss.**, I 571-572
- intervención curativa I 346-347, **I 558 ss.**
- secreto profesional I 538, II 832
- tratamiento del autor I 122-123

Medidas de asistencia social I 41
Medidas de corrección y aseguramiento I 15, I 19-20, I 102, **II 1196 ss.**
- y amonestación II 1280
- en los delitos imprudentes II 890
- Derecho penal de autor I 81-82
- doble vía II 1199
- duración I 131
- elementos subjetivos del tipo I 472
- estadística I 53
- normativa registral II 1369 ss.
- predelictuales I 111
- prescripción de la ejecución II 1366 ss.

- sin privación de libertad I 125-126, II 1199 ss.
- privativas de libertad I 125-126, II 1225 ss.
- retroactividad I 205-206
- suspensión condicional I 125-126, I 131
- teoría de los imperativos I 350(20)
- terapéuticas I 111, I 126
- vía única en la ejecución II 1222

Medidas educativas I 351
Medios correctivos I 21
Menores de edad I 637
- consentimiento I 561
- querella II 1352 ss.

Merecimiento de la amonestación con reserva de pena II 1280 ss.
Merecimiento de pena I 76-77
- causas de exculpación II 720
- condiciones objetivas de punibilidad II 839
- desistimiento de la tentativa II 811
- excepciones personales de la punibilidad II 828
- modo de comisión del delito I 354-355
- y necesidad de pena I 66
- remisión de la pena II 1292
- tentativa II 771, II 784

Método biológico-psicológico (incapacidad de culpabilidad) I 643
Método dialéctico, teoría de la pena I 104, I 112
Método intuitivo (pronóstico) I 130-131
Minoría de edad penal I 637
Misión del Derecho penal I 3
Modificación dependiente del tipo básico I 395
Modo de comisión del delito I 697
- como circunstancia determinante de la pena II 1321

Modo de vida asocial I 292
Moral
- culpabilidad I 615 ss.
- idea, el Estado como I 105
- prestación I 96-97

Moralidad, ley moral I 615 ss.
Moralidad y Derecho I 617
Moralización del Derecho penal I 692
Motivación, motivos
- autónoma II 816
- como circunstancia determinante de la pena II 1321 ss.
- culpabilidad I 628
- desistimiento II 816 ss.
- estado de necesidad I 729

Móvil abyecto I 399, I 693, I 695-696, I 699
Movimiento reflejo I 331-332
Multa (véase Pena de multa)
Multa temporal II 1150(17)
Multa administrativa
- contra asociaciones I 336-337
- para el control del orden I 21

Multa coercitiva II 727

N

Nacionalidad I 248, I 253 ss.
- alemana I 268

Nacionalsocialismo
- legislación penal I 148
- prescripción II 1358

Naciones Unidas
- guerra de agresión, definición I 182
- principio de legalidad I 196

Naturaleza de las cosas I 64, I 312-313
Ne bis in idem I 259, 444, II 1348
Necesidad de la acción defensiva I 506
- estado de necesidad agresivo I 525
- legítima defensa I 505-506 ss.
- restricción del derecho de legítima defensa I 507 ss.

Necesidad de pena I 76-77
- excepciones personales de la punibilidad II 828
- prescripción II 1358
- remisión de la pena II 1292
- tentativa inidónea II 800

Negativa a declarar, individualización de la pena II 1330 ss.
Negligentia (ver Imprudencia inconsciente)
Neokantismo I 304 ss.
Neurosis I 652
Niños
- agresión de I 502
- corrección I 571-572, I 582 ss.
- incapacidad de culpabilidad I 637
- legítima defensa frente a I 498-499, I 508-509

Norma de autorización, determinación I 170
Norma complementaria I 162-163
Norma de determinación I 349 ss.
Norma idéntica I 249
Norma sancionadora I 162
Norma de valoración I 349 ss.
Normas preceptivas II 903
Normativa registral, evolución de la - (ver también Registro Central Federal) II 1368 ss.
Normativo (a, os)
- elementos de la causa de justificación I 685
- elementos del tipo I 397
- estructura del concepto de delito I 298-299
- teoría de la culpabilidad I 617

Nueva criminalización I 10-11
Nullum crimen
- nulla poena sine culpa II 830
- nulla poena sine lege I 194
- sine lege certa I 200-201
- sine lege praevia I 202
- sine lege scripta I 196
- sine lege stricta I 197

O

Obediencia al Derecho I 627
Obediencia debida II 744 ss.
- como causa de exculpación II 744 ss.
- como causa de justificación I 579 ss., II 745

Objetivo (a, os, as)
- contribución al hecho II 1016 ss.
- elementos del autor I 405
- elementos del tipo I 402 ss.
- teoría de la interpretación I 229-230
- teoría de la tentativa II 771
- teorías de la participación II 969 ss.

Objetivo perseguido por el autor I 437 ss.
Objeto de la acción I 378 ss., I 382, I 383
- error sobre el - (ver Error en el objeto)

Objeto del ataque o de la agresión I 382, I 383, I 404
Obligatoriedad
- del mandato, de la orden I 579 ss., II 745 ss.
- del Ordenamiento jurídico I 611

Ofendido
- en Derecho procesal I 25, II 1133
- como legitimado para la querella II 1352-1353
- indemnización del daño II 1288 ss.
- Ley de protección a las víctimas I 29, I 145
- publicación de la sentencia II 1177 ss.
- reparación del daño I 9-10, 906, II 1288 ss.

Oligofrenia I 652
Omisión del deber de socorro
- concursos II 1081
- delito de omisión propia II 912

Omitir, omisión I 294
- como agresión I 498-499
- concepto causal de acción I 299, I 324
- concepto final de acción I 315, I 327-328
- concepto social de acción I 328 ss.
- y hacer positivo II 903 ss.
- individualización de la pena II 1321
- tiempo de comisión I 203

Orden (ver también Orden militar) I 579 ss.
Orden militar
- como causa de exculpación II 745

- error sobre la obligatoriedad II 747
Orden público
- auxilio necesario I 513
- interno del Estado I 243, I 243
- legítima defensa I 496, I 500
- perturbación del I 95-96, I 351
- principio de protección I 249
- reserva de autorización I 541 ss.
Orden social
- valores ideales del I 379-380
Ordenación tópica I 295
Ordenamiento jurídico
- auxilio necesario a favor del I 500, I 513
- mantenimiento del I 95-96
- misión del I 3 ss.
- unidad del I 481
Ordenamiento legal I 382-383
Ordenamiento Penal de Justicia (ver Constitutio Criminalis Carolina)
Ordre Public en el Derecho penal internacional I 283

P

Palabras (expresiones) de actividad final I 356
Paralización de la Administración de Justicia II 1360-1361
Parentesco II 729
Pariente (s)
- concepto II 729
- estado de necesidad II 729
- privilegios I 693 ss., I 698-699, II 832
Parlamentarios
- inmunidad I 276 ss.
- inviolabilidad I 276 ss.
Parte Especial del StGB I 27, I 153, I 160
Parte General del StGB I 27, I 167
- reforma 108 ss.
Participación, partícipe en sentido amplio I 151-152, I 393-394, II 957, **II 959 ss.**
- en acciones de participación II 1041 ss.
- en las acciones preparatorias II 788
- causas de exculpación II 719
- condiciones objetivas de punibilidad II 840
- entre la consumación y la terminación 556
- en un delito cometido en el extranjero I 265
- en el delito imprudente II 979 ss.
- delitos especiales y de propia mano I 393-394
- en los delitos de omisión II 957 ss.
- Derecho extranjero II 988 ss.
- elementos de la culpabilidad I 698-699
- estadios previos de la II 1046 ss.
- estado de necesidad I 523
- y excepciones personales de la punibilidad II 833
- finalismo I 313-314
- fundamento de la pena II 1023 ss.
- en hecho posterior copenado II 1101
- en hecho realizado en el extranjero I 264-265
- históricamente I 138
- imprudente II 979 ss.
- tiempo de comisión del delito I 203
Participación necesaria II 1042 ss.
Pasado del autor
Patológica
- perturbación de la actividad mental I 639
Patrimonio
- bien jurídico I 354-355
- bien jurídico extranjero I 259-260
- objeto de la acción I 383 ss.
- susceptible de legítima defensa I 500
Paz, crímenes contra la I 175
Paz jurídica de la comunidad I 160
Paz territorial eterna I 136
"Peinliches Recht" I 15, I 135
Peligro I 388-389
- defensa frente a cosas I 523 ss.
- estado de necesidad agresivo I 525 ss.
- no evitable de otro modo II 725 ss.
- proximidad del II 867
- reconocimiento del - (imprudencia) II 867

- situación de estado de necesidad II 725 ss.
- situación de legítima defensa I 501-502
- para la vida, el cuerpo o la libertad II 721-722, II 724-725

Peligro para la vida y el cuerpo
- estado de necesidad II 721-722, II 724-725

Peligrosidad
- de acciones preparatorias de la intervención II 1050 ss.
- de acciones socialmente adecuadas I 370 ss.
- del autor I 80, **89 ss.**
- desistimiento de la tentativa II 811
- general I 388 ss.
- en las infracciones administrativas I 85
- del modo de comisión I 75-76, I 696-697
- como componente de la culpabilidad I 621(36)

Peligroso (a, os, as)
- estados de cosas II 726-727
- instalaciones y empresas I 370
- lesión corporal I 392-393, I 397
- modos de comportamiento I 370

Pena (s)
- como consecuencia jurídica II 1105 ss.
- estadística I 48-49
- función social de la I 5
- justa II 115
- sistema de II 1113 ss.

Pena frente a agrupaciones I 339 ss.

Pena de arresto (ver Arresto penal)

Pena de azotes I 135

Pena coercitiva I 21

Pena corta de prisión II 1133 ss.
- Derecho extranjero II 1139, II 1142 ss.
- reforma II 1133

Pena global II 1088 ss.
- y cadena perpetua II 1086
- formación de la II 1088
- límite superior de la II 1133
- marco punitivo II 1088 ss.
- y multa administrativa II 1086 ss.
- multa global II 1150

Pena juvenil I 7
- ejecución I 25-26
- normativa registral II 1368 ss.

Pena mínima I 82-83

Pena de muerte II 1122 ss.
- Derecho internacional penal II 1126 ss.
- ejecución de la II 1126(15)

Pena de multa II 1144 ss.
- abono de la prisión preventiva II 1345
- amonestación con reserva de pena II 1157
- Derecho extranjero II 1165 ss.
- ejecución II 1157 ss.
- facilidades de pago II 1156, II 1157
- incobrable II 1157, II 1158
- medición II 1150 ss.
- pago parcial II 1157(46)
- y pena de prisión II 1147 ss.
- prisión sustitutiva por impago de multa II 1157
- reforma II 1147
- Registro Central Federal II 1370
- sistema de días-multa (ver allí)
- suspensión II 1157
- temporal II 1150(17)

Pena de, multa como suma dineraria II 1165 ss.

Pena de multa sustitutoria II 114

Pena operativa II 1088

Pena patrimonial II 1160 ss.
- prisión sustitutoria por impago de multa II 1160

Pena perpetua (ver Cadena perpetua)

Pena de prisión II 1129 ss., II 1133 ss.
- corta (ver allí)
- Derecho extranjero II 1142 ss.
- hasta seis meses I 48-49
- hasta tres meses II 1366 ss.
- hasta un año II 1370
- ejecución de la (ver también Ejecución penal) II 1139 ss.
- estadística I 48-49
- históricamente I 138
- indeterminada (ver allí)

- límite mínimo II 1133
- y medidas de seguridad I 122-123, II 1139
- o multa II 1147
- y multa II 1157
- frente a órganos I 339 ss.
- pena unitaria (ver allí)
- perpetua (ver Cadena perpetua)
- Registro Central Federal II 1368 ss.
- suspensión condicional II 1243 ss.

Pena de prisión temporal (ver también Pena de prisión) II 1133 ss.
Pena privada I 21-22
Pena reglada II 1131
Pena religiosa I 22
Pena de seguridad I 129(22)
Pena de sospecha I 139
Pena de prisión unitaria II 114, I 152, II 1142
Pena unitaria II 1057
- Derecho extranjero II 1083 ss.

Penas accesorias II 1168 ss.
- en- concurso real II 1088
- determinación alternativa I 220
- estadística (prohibición de conducir) I 48-49

Penas corporales I 139
Penas lesivas del honor II 115
Penas individuales (concurso real) II 1088 ss.
Penas privadas I 22, I 95-96
Pérdida de la capacidad para desempeñar cargos públicos II 1172 ss.
Pérdida del derecho de sufragio activo y pasivo II 1172 ss.
Pérdida de las ventajas patrimoniales ilícitamente conseguidas II 1180 ss. (ver también Confiscación)
Periodo de prueba II 1284
Persecución penal
- en la RDA II 1363
- prescripción de la II 1357 ss.
- renuncia a la I 253

Persona concienzuda y juiciosa II 882
Persona jurídica
- legitimado para la interposición de querella II 1352-1353
- multa administrativa contra I 336-337
- responsabilidad de órganos y representantes I 339
- sanciones contra la I 334 ss.

Persona próxima (estado de necesidad) II 729
Personal(es)
- circunstancias como factor determinante de la pena II 1325 ss.
- elementos (ver Elementos personales especiales)
- teoría del injusto I 354 ss.

Personalidad
- y Criminología I 66
- culpabilidad por la - (ver Culpabilidad por el modo de vida)
- estructura por capas I 611 ss.
- expedientes de I 128
- investigación de la I 128

Personalidad del autor
- amonestación con reserva de pena II 1280
- como circunstancia determinante de la pena II 1325 ss.
- elementos de la actitud interna I 691-692

Perturbación de la conciencia I 637 ss.
Perturbaciones psico-patológicas (ver Trastornos psíquicos patológicos)
Picota I 135
Piratería aérea
- acciones preparatorias II 788
- desistimiento II 821
- principio del Derecho mundial I 255-256

Plazo preclusivo, permiso de conducir II 1369
Plazos
- prescripción de la ejecución penal II 1366
- prescripción de la persecución II 1359-1360
- querella II 1354

Pluralidad de acciones II 1057 ss.

Pluralidad de hechos (ver también Concurso real) II 1057
"Poder" del autor I 628
Poder punitivo
- alemán I 240
- concurrente I 248
- estatal I 240 ss.
- límites derivados del Derecho internacional I 16-17
- límites derivados de los derechos de la persona I 16-17
- supraestatal I 17-18
- titular del I 23-24

Política criminal II 1108 ss.
- determinación alternativa I 216 ss.
- y Dogmática I 292, I 309, I 317-318
- Ilustración I 139 ss.
- misiones futuras II 1108 ss.
- nacionalsocialismo I 147
- pena corta de prisión II 1113
- pena de muerte II 1122 ss.
- República federal I 148 ss.
- República de Weimar I 146 ss.

Ponderación de bienes I 479 ss.
- como causa general de justificación I 591 ss.
- estado de necesidad agresivo I 525
- estado de necesidad justificante I 528 ss.
- legítima defensa I 505-506

Ponderación de deberes, estado de necesidad justificante I 528
Ponderación de intereses
- consentimiento presunto I 569

Ponderación valorativa I 369, I 479-480
Porcentaje de casos aclarados I 50
Posesión, como bien jurídico susceptible de legítima defensa I 500
Posición de garante II 865 ss.
Positivismo I 109, I 299, I 301-302
Postpendencia I 220
Potestad administrativa sancionadora de la Unión Europea I 271-272, I 339
Práctica judicial (ver Usos judiciales)
Precedentes judiciales I 163-164(13), I 188, I 224
Prensa, delitos de
- leyes de, Derecho de I 167-168
- prescripción II 1360-1361

Prescripción II 1355 ss.
- ampliación con efectos retroactivos I 205-206, II 1357
- comienzo del plazo II 1359-1360
- de crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad I 179, I 206
- in dubio pro reo II 1358
- plazos II 1359-1360, II 1366
- teorías II 1358

Prescripción de la ejecución II 1366 ss.
Prescripción de la persecución penal (ver también Prescripción) II 1357 ss.
- comienzo II 1359-1360
- delitos en la RDA II 1363 ss.
- interrupción II 1362
- naturaleza jurídica II 1358
- suspensión de la II 1360-1361, II 1364-1365

Preservación del Derecho (interés en la) I 480
- en el ataque antijurídico I 502-503
- en la legítima defensa I 495 ss., I 508 ss.

Preservación de intereses legítimos I 591 ss.
- en el delito imprudente II 885
- error I 688
- como riesgo permitido I 591 ss.

Preservación del Ordenamiento jurídico (ver también Defensa del) II 775
Presidente de la República Federal, poder punitivo alemán I 276
Presidio
- estadística I 48-49

Presión motivadora II 730, II 736
Presos
- derechos fundamentales I 584-585

Presupuesto de la culpabilidad (ver también capacidad de culpabilidad) I 299, I 617 ss.
Presunción de legalidad en los mandatos

jurídicos obligatorios 422, II 747 ss.
Prevaricación
- delito especial propio I 393-394
Prevención especial I 6-7, **I 102-103**, I 319, II 1108
- agravación de la pena I 654
- amonestación con reserva de pena II 1276
- condena condicional I 102
- consecuencias accesorias II 1172 ss.
- desistimiento de la tentativa II 809-811
- individualización de la pena II 1325
- libertad condicional II 1266 ss.
Prevención general I 319
- negativa I 102
- positiva I 102-103, I 319
- bajo relación jurídica especial II 736
- tentativa II 784
Prevención individual (ver Prevención especial)
Prevención por integración I 319
Previsibilidad
- objetiva, imprudencia II 882
- subjetiva, imprudencia II 894 ss.
Primacía
- del Derecho internacional penal I 180
- de la ley II 1101
Principio del abono, Derecho penal internacional I 258-259
Principio de absorción II 1057
- Derecho extranjero II 1083 ss.
Principio de acumulación II 1057
- en el Derecho extranjero II 1083 ss.
Principio de autoprotección, interés de
- legítima defensa I 495-496
Principio de combinación II 1057
- en la unidad de ley II 1101
Principio de culpabilidad I 596 ss.
- y actio libera in causa I 656 ss.
- Défense sociale I 110
- delito imprudente II 891 ss.
- delitos cualificados por el resultado I 384-385
- históricamente I 138, I 617 ss.
- individualización de la pena, límite inferior de la culpabilidad I 36-37
- individualización de la pena, límite superior de la culpabilidad I 34-35
- medidas de seguridad I 122-123
- pensamiento de la prevención I 36-37
Principio del Derecho mundial, Derecho penal internacional I 250, I 255-256
Principio de la división de competencia I 251, I 255-256
Principio del domicilio I 249
Principio del domicilio Derecho penal interlocal I 281-282
Principio de exasperación II 1057
- Derecho extranjero II 1083 ss.
Principio de igualdad I 40
- aplicación del Derecho I 697
- individualización de la pena II 1304 ss.
Principio del interés preponderante I 479
Principio de inversión para los delitos de omisión II 898
Principio de justicia supletoria I 250, I 255-256
Principio de legalidad I 73-74, I 140, **I 188** ss.
- desarrollo histórico I 193 ss.
Principio de la lex fori I 283
Principio de liquidación, Derecho penal internacional I 251, I 259
Principio del lugar de comisión del delito I 281-282
Principio de oficialidad II 1350
Principio del Estado de Derecho (ver Estado de Derecho)
Principio del pabellón, Derecho penal internacional I 247, I 253
Principio de personalidad, Derecho penal internacional I 248
- activo I 248, I 253-254, I 254-255
- pasivo I 249
Principio de protección en el Derecho penal internacional I 249
- ampliado I 243-245

Principio de protección individual, Derecho penal internacional I 249, I 254-255, I 258
Principio de proporción (ver Proporcionalidad, principio de)
Principio real o de protección del Estado, Derecho penal internacional I 249, I 253-254
Principio (ley) del talión I 104
Principio de territorialidad, Derecho penal internacional I 246-247, **I 252, I 261**
Principio de universalidad (ver principio del Derecho mundial)
Principio victimológico I 374 ss.
Principios sobre la prueba penal I 210 ss.
Prisión preventiva I 56
- estadística I 56
- facultad en el ejercicio del cargo público I 575

Prisión, pena de (ver Pena de prisión)
Prisión sustitutoria por impago de multa II 1157 ss.
- concurso real II 1088

Prisioneros de guerra
- Convención de Ginebra I 183, I 196
- homicidio y maltrato I 183
- trato inhumano I 17-18

Privación de libertad
- abono de II 1345 ss.
- vía única I 128, II 1222

Privación del permiso de conducir (ver Retirada del permiso de conducir)
Privilegio I 395 ss.
Privilegio estatal del error I 579
Privilegio de la minoría de edad II 830
Pro magistratu, actuación I 585 ss.
Probabilidad
- puesta en peligro concreta I 388 ss.

Probabilidad rayana en la certeza
- omisión II 915, **667**

Procedimiento para la adopción de medidas de seguridad I 652, II 1211
Procedimiento objetivo, comiso II 1195
Procedimiento ulterior, comiso II 1195
Procesal
- consideración del indulto II 1373 ss.
- teoría de la prescripción II 1358

Proceso inquisitivo I 138
Proceso penal, Derecho procesal penal I 25
- bipartición I 128
- comiso, confiscación de los beneficios II 1195
- concurso real II 1084
- culpabilidad por el modo de vida I 621
- delitos de bagatela I 87
- individualización de la pena II 1336 ss.
- in dubio pro reo, determinación alternativa I 214 ss.
- prescripción II 1359 ss.
- reforma I 28-29, I 145
- requisitos procesales 600, II 1348 ss.

Proceso posterior, comiso y confiscación de los beneficios II 1195
Producta sceleris II 1189
Profesionalidad I 81-82
Programa de Marburgo I 108-109
Prohibición de abuso
- legítima defensa I 497, I 505 ss.

Prohibición de la analogía
- analogía a favor del reo I 199-200

Prohibición de conducir II 1168 ss.
- abono de la retirada del permiso de conducir II 1172
- estadística I 52, II 1172

Prohibición del ejercicio profesional (ver Inhabilitación profesional)
Prohibición de retroactividad I 202 ss.
Promesa de matrimonio II 729
Pronóstico (juicio) I 9, I 67-68, **I 130**
- amonestación con reserva de pena II 1280
- puesta en libertad del centro de cumplimiento de la medida II 1224-1225

Pronóstico criminal I 67-68
Propiedad
- injerencias permitidas en la I 525
- legítima defensa I 500

Proporcionalidad

- legítima defensa I 505-506
Proporcionalidad, *principio de* I 40, I 368 ss., I 481
- autotutela I 585
- *facultades coactivas del Estado* I 579
- legítima defensa I 505-506, 373, I 514
- mandato oficial I 579
- *medidas de seguridad* I 40, I 125-126, 867
Protección
- de la libertad individual I 4
- de la paz pública I 4
- de los valores ético-sociales de la acción I 10-11
Protección de bienes jurídicos II 113, I 243-244
- internacional I 250
Protección de la colectividad, sociedad, comunidad I 3, I 106-107
- centro de desintoxicación II 1211 ss.
- comiso II 1178
- custodia de seguridad II 1214 ss.
- inhabilitación profesional II 1239 ss.
- medidas con privación de libertad II 1199 ss., II 1205 ss.
- medidas sin privación de libertad II 1227 ss.
Protección del honor I 78-79, I 259
Protección de la sociedad 1 ss., I 33, I 104-105
- Défense sociale I 110
Provisional
- aseguramiento (comiso, confiscación de los beneficios) II 1195
- inhabilitación profesional II 1243
Provocación de la legítima defensa II 744
Proyecto alternativo I 141-142
Prueba por apariencia II 894
Prueba de sangre, extracción I 575
Psicología criminal I 66
Psicológico (a)
- coacción I 107-108
- concepto de culpabilidad I 617
- hechos comparables (determinación alternativa) I 217 ss.
Psicosis (ver Trastorno psíquico patológico)
Psiquiatría forense I 69
Psíquico (a, - os, - as)
- acontecimientos, vida I 599 ss.
- criminales con deficiencias I 8-9
Publicación de la sentencia condenatoria II 1177 ss.
Publicaciones obscenas, principio del Derecho mundial I 250
Público (a, as)
- interés en la persecución penal I 117, II 1351-1352
- pena I 134
- seguridad I 621
Puesta en peligro del bien jurídico, del objeto de la acción I 351
- actio libera in causa II 790
- adecuación social I 370 ss.
- tentativa II 771 ss.
Puesta en peligro del tráfico viario
- consentimiento I 560 ss., II 888
- delitos de resultado I 383 ss.
- desvalor de acción I 355
- elementos de la actitud interna I 697
- por omisión II 912

Q

Querella II 1350 ss.
- comienzo del plazo II 1354
- concurso ideal II 1074
- en delitos patrimoniales II 1350
- error sobre su necesidad I 466
- justificación II 1351-1352
- legitimación II 1352-1353
- prohibición de la analogía I 199-200
- prohibición de retroactividad I 205-206
- renuncia II 1354
- representación II 1352-1353
- retirada II 1355

R

Rapto
- acuerdo I 549
- querella II 1350

Recepción I 136

Receptación
- de cosas sustraídas I 236
- determinación alternativa I 213
- en el hecho posterior copenado II 1101
- in dubio pro reo I 212
- lugar de comisión del delito I 262-263

Reciclaje para conductores reincidentes en el consumo de alcohol II 1232(5), II 1330

Reforma del Derecho penal I 133 ss.
- antes de la Primera Guerra Mundial I 146
- del Derecho penal formal I 28-29
- del Derecho penal material I 28-29
- internacional I 147 ss.
- en la República Federal I 148 ss.

Reforma del Derecho penitenciario I 29

Reforma global del Derecho penal I 148 ss.

Reforma del proceso penal I 28-29, I 145

Registro Central Federal II 1368 ss.
- amonestación con reserva de pena II 1369, II 1370
- cancelación II 1371
- información ilimitada II 1371
- infracciones administrativas II 1369
- libertad condicional II 1369 ss.
- pena de multa II 1370
- reforma II 1368

Registro Central de Tráfico I 26, II 1369

Registro de Medidas Educativas II 1368 ss.

Registro penal, ver Registro Central Federal

Reglamentaciones administrativas I 169-170

Reglamento I 169-170

Reglas de conducta
- en la amonestación II 1276, II 1284
- inhabilitación profesional II 1243

Reglas de individualización de la pena, principios I 399 ss.
- caso especialmente grave y menos grave I 399
- ejemplos reglados I 400-401

Rehabilitación II 1366 ss.
- grados de la II 1370 ss.
- persecución penal en la RDA II 1368

Reinserción del condenado
- beneficios regístrales II 1366
- indulto II 1366

Relación de causalidad I 404, I 405 ss.

Relación regla general-excepción
- capacidad de culpabilidad I 639, I 672

Relativo (a, as)
- pena indeterminada I 129(23)

Remisión de la pena II 1284 ss.
- en casos de bagatela II 1295
- en caso de disminución del injusto o de la culpabilidad II 1292 ss.
- en la conciliación autor-víctima II 1288 ss.
- en el desistimiento II 1292
- según el § I 82-83, II 1286 ss.
- en la tentativa inidónea II 800

Renuncia a la querella II 1354 ss.

Reparación del daño I 9-10, 806, II 1288 ss.
- y remisión de la pena II 1288 ss.
- como sanción I 9-10

Representación en la querella II 1352-1353

Representante legal I 341

Reprochabilidad
- de la actitud interna del autor I 76-77
- la culpabilidad como I 596
- en las infracciones administrativas I 89
- del modo de comisión I 695-696

República de Weimar
- criminalidad I 44
- principio de legalidad I 194-195
- reforma I 146 ss.

Requisitos procesales, obstáculos
- Derecho penal internacional I 258-259
- error sobre los I 466
- in dubio pro reo I 214-215
- inviolabilidad I 276 ss.
- participación II 980

- prescripción II 1358
- prohibición de la analogía I 199-200
- prohibición de retroactividad I 205-206

Reserva
- de jurisdicción I 39
- de ley I 185 ss.

Resistencia frente al poder del Estado I 501-502

Resocialización, necesidad de -, finalidad de I 36-37, I 41, I 102-103
- amonestación II 1276
- consecuencias accesorias II 1177
- culpabilidad I 608
- ejecución I 21, II 1139 ss.
- individualización de la pena II 1330
- Registro Central Federal II 1368 ss.

Resolución conjunta en la ejecución del delito II 1013 ss.

Resoluciones judiciales (significado) I 61, I 163-164, I 281-282

Resoluciones posteriores
- normativa registral II 1369

Responsabilidad
- como concepto del sistema I 319
- según el Derecho internacional penal I 174 ss.

Responsabilidad, jurídico-penal (ver también Imputación objetiva) I 418 ss.

Responsabilidad por el hecho, teoría de la I 632

Responsabilidad de órganos I 339 ss.

Responsabilidad del representante I 341 ss.

Responsabilidad por el resultado I 34, I 431, II 855, II 874

Restricción de la pena, causa de
- la participación como II 972
- el resultado como I 388-389

Restrictivo (a)
- concepto de autor II 969 ss.

Resultado I 352 ss.
- causalidad I 405 ss.
- en los delitos de omisión II 926 ss.
- en los delitos imprudentes II 874 ss.
- desistimiento en la tentativa II 819 ss.
- como elemento del tipo I 388-389
- imputación objetiva I 422 ss.
- lugar de comisión del delito I 262-263

Retirada de la acusación pública I 117, I 156

Retirada del permiso de conducir I 9, I 19-20, I 125-126, I 130, I 148, 843, II 1232 ss.
- abono a la prohibición de conducir II 1172, II 1348
- anotación registral II 1369
- por la autoridad administrativa II 1232
- estadística I 54
- a jóvenes II 1232
- plazo (ver allí)
- provisional II 1239, II 1344
- reforma I 148-149, II 1239
- retroactividad I 205-206

Retorsión (ver Derecho de)

Retribución
- relación con la prevención I 102
- teoría absoluta de la pena II 113
- teorías unitarias 81 ss.

Retroactividad
- de la ampliación de los plazos de prescripción I 179-180, II 1357
- leyes penales I 38, I 176-177, I 188
- prohibición de I 202 ss.

Revocación
- de la suspensión de la ejecución de medidas II 1225, II 1245 ss.

Riesgo, idea del II 860
- y causalidad I 422
- en las condiciones objetivas de la punibilidad II 839
- jurídicamente desaprobado I 422
- permitido I 589 ss.

Riesgo permitido I 589 ss.
- y deber de cuidado II 888
- en el delito imprudente II 888

Robo
- agravado I 61, I 206-207
- como delito de intención I 470
- con resultado de muerte I 384-385, II 779
- tentativa II 775

S

Sala de ejecución penitenciaria I 125-126, I 131
- suspensión de medidas privativas de libertad I 125-126

Sanción pecuniaria administrativa I 167-168
- frente a asociaciones I 336 ss.
- principio de acumulación II 1055

Satisfacción II 1177
Scuola positiva I 110
Secreto postal, violación del I 233, I 491, I 575
- consentimiento presunto I 569

Secuestro de aeronaves, ver Piratería aérea
Segunda vía I 9-10
Seguridad jurídica I 35
Semiadultos I 6-7, 35 ss., I 148
Sensibilidad frente a la pena como circunstancia determinante II 1325 ss.
Sentencing II 1318
Sentido de la prohibición (tipo) I 361-362
Sentimiento jurídico II 113, II 787
Síndico (ver Administrador de la quiebra)
Sistema de días-multa II 1150 ss.
Sistema de puntos, pronóstico I 119-120, I 130-131
Sistema de sanciones II 1113
- desarrollo internacional II 1108 ss.

Sistema vicarial I 125-126, I 128, II 1199 ss., II 1222 ss.
Sistemático (a)
- interpretación I 228-229
- ordenación de los elementos del delito I 295

Situación de conflicto II 730
Situación de necesidad
- por culpa propia II 730
- estado de necesidad exculpante II 725 ss.

Situación profesional
- como factor determinante de la pena II 736

Situación típica (delitos de omisión) II 924
Ski (deporte), deberes de cuidado II 891
Soberanía de la jurisdicción penal, nacional I 243
Sobreseimiento del proceso I 87-88
- sin consentimiento del Tribunal I 156
- falta de requisitos procesales II 1348
- y remisión de la pena II 1288

Social (-mente)
- concepto de acción I 328
- defensa (ver Défense sociale)
- función y responsabilidad I 341 ss.
- orden (ver Orden social)
- posición como factor determinante de la pena II 1325
- responsabilidad I 508-509
- valor I 557

Sociología criminal I 66
Subordinado
- en estado de necesidad I 579 ss., II 745 ss.

Subsidiariedad
- en diversas formas de intervención II 1041
- estadios previos de la participación II 1055

Subsunción I 224-226
Suicidio
- doble fallido II 979
- víctima como instrumento II 995

Superior
- error II 745 ss.
- querella del II 1352-1353

Suprapositiv(as, o)
- causas de justificación II 755

Supuesto del hecho I 73
Sursis I 119
Suspensión
- condicional de la pena (ver Suspensión de la pena)
- del resto de la pena (ver también Libertad condicional) II 1266 ss.

Suspensión (de la prescripción)
- de la prescripción de la ejecución penal II 1366

- de la prescripción de la persecución penal II 1360-1361
Suspensión condicional de la pena I 68, I 117, **II 1243 ss.**
- estadística I 48-49
- y pena de multa II 1157
- Registro Central Federal II 1369

T

Teleológica
- interpretación I 228-229
- reducción del tipo I 372-373
- teoría del delito I 304-305

Tendencia interna trascendente I 470
Tentativa I 10-11, I 77-78, I 393-394, II 770 ss.
- acabada II 784, II 811 ss.
- de acciones preparatorias II 788
- actio libera in causa II 784, II 790
- autoría mediata II 784, II 1005
- coautoría II 1018
- combinación de dolo e imprudencia II 788 ss.
- condiciones objetivas de punibilidad II 834
- en delitos de mera actividad II 788
- delitos cualificados por el resultado II 788
- en delitos de emprendimiento II 790
- delitos de omisión II 784, II 954 ss.
- Derecho extranjero II 792
- desistimiento (ver allí)
- elementos subjetivos I 472
- fundamento punitivo II 771 ss.
- historia dogmática II 770 ss.
- históricamente I 138
- inacabada II 811 ss.
- inidónea II 795 ss.
- lugar de comisión del delito I 262-263
- merecimiento de pena II 784
- de participación I 265, II 1050 ss.
- penalidad II 784 ss.
- resolución II 775

Tentativa acabada II 784, **II 819 ss.**
- delito de omisión II 954 ss.
- desistimiento de la II 819 ss.

Tentativa inacabada II 811 ss.
- desistimiento de la II 811 ss.
- supuestamente II 819(36)

Tentativa inidónea II 795 ss.
- y delito putativo II 800
- delitos de omisión II 954
- en los delitos de mera actividad II 788
- Derecho extranjero II 792 ss.
- históricamente II 770 ss.
- y legítima defensa I 498(7)
- medio inidóneo II 796
- sujeto inidóneo II 796, **II 803 ss.**
- teoría objetiva de la tentativa II 771, **570**

Tentativa irreal, (ver Tentativa supersticiosa)
Tentativa de colaboración I 265, **II 1050 ss.**
Tentativa supersticiosa II 800
Teoría del abandono del interés (consentimiento) I 553-554, I 569
Teoría de la actividad I 261
Teoría del autor, tentativa II 775
Teoría de la causación II 1023 ss.
Teoría causal de la acción I 324 ss.
Teoría de la conciliación (consentimiento) I 561
Teoría de la condición I 299, **I 411 ss.**
Teoría del conflicto (estado de necesidad) I 520 ss.
Teoría del contrato social I 193
Teoría de la culpabilidad
- desistimiento II 811
- estricta I 313-314, 498

Teoría del deber jurídico, formal II 929
Teoría de la declaración de voluntad, consentimiento I 561
Teoría de la dirección de voluntad I 672
Teoría del dolo
- en el Derecho administrativo sancionador I 89-90

Teoría de la equidad I 520

Teoría de la equivalencia, ver Teoría de la condición
Teoría de la exención (estado de necesidad) I 520
Teoría del favorecimiento, participación II 1023 ss.
Teoría del fin, causas de justificación I 479-480
- estado de necesidad justificante I 528
Teoría final de la acción, finalismo I 309
Teoría de las funciones II 972
Teoría general del delito I 289 ss.
- etapas de desarrollo I 296 ss.
Teoría de los imperativos I 350(20)
Teoría de la imputación I 62-63, I 297
Teoría indiciaria, interpretación I 231
Teoría del negocio jurídico, consentimiento I 554
Teoría de las normas I 298-299
Teoría objetivo-individual
- respecto a la distinción entre tentativa y preparación II 779 ss.
Teoría de la participación en la culpabilidad II 1023
Teoría político-criminal
- concepto de culpabilidad I 628
- desistimiento II 808
Teoría de la ponderación de bienes (estado de necesidad justificante) I 528
Teoría de la relevancia I 422
Teoría de la renuncia a la protección jurídica, consentimiento I 554
Teoría del resultado I 261
Teoría subjetiva de la interpretación I 230
Teoría subjetiva de la participación II 972 ss., II 1018
Teoría subjetiva de la tentativa
- preparación, delimitación II 779
Teoría de los tipos de autor, tipología de autor I 80-81, I 108-109
Teoría de la ubicuidad I 252-253, **I 261**
Teoría unitaria
- en el desistimiento II 811
Teorías de la causalidad I 408 ss.
Teorías del fin de la pena, desistimiento II 808
Tercera vía I 10
Terminación
- coautoría sucesiva II 1013
- comienzo de la prescripción II 775
- condición objetiva de punibilidad II 840
- lugar del delito I 262-263
Término de la vigencia de las leyes I 202
Territorio nacional I 265
Terrorismo I 154
- disparo a matar I 575-576(1)
- principio de Derecho mundial I 250
- reforma I 154
- situación de estado de necesidad II 725 ss.
Tiempo de comisión del delito I 203
Tipicidad I 294, I 298-299, I 305-306, **I 402 ss.**
- acuerdo I 549-550
- y antijuricidad I 306-307, I 475-476
Tipo (s)
- abierto I 364
- y adecuación social I 370 ss.
- y antijuricidad I 306-307, I 475-476
- de culpabilidad I 690 ss.
- delito de omisión II 920 ss.
- dependiente II 775
- Derecho internacional penal I 182 ss.
- el dolo como componente del I 356
- estructura del I 375 ss.
- función de llamada del I 370
- de garantía I 364
- global I 364
- de injusto I 306-307
- y principio "victimodogmático" I 374 ss.
- de la tentativa II 775 ss.
- de la teoría del Derecho I 364
- teoría general del delito I 293-294
- como tipo delictivo I 690
- y unidad de acción II 1059

Tipo de arrastre, ver Tipo de recogida
Tipo de culpabilidad I 690 ss.
- accesoriedad I 698-699.
- condiciones objetivas de la punibilidad II 834, II 840
- error sobre el I 697 ss.
- prohibición de la analogía I 199-200

Tipo de garantía I 364
Tipo de injusto
- condiciones objetivas de la punibilidad II 834, II 839
- delitos imprudentes **II 865 ss.**
- dolo como parte del I 356
- prohibición de la analogía I 212-213

Tipo de recogida I 214-215
Tipos abiertos I 364 ss.
Tipos cualificados I 396-397
- consunción II 1101
- entre la consumación y la terminación II 779
- especialidad I 61

Tipos mixtos alternativos I 392-393
Toma de rehenes I 154
- consentimiento I 560

Tortura I 136
Tráfico de mujeres I 250
Traición
- principio de protección I 249, I 253-254

Traición, alta
- desistimiento II 823
- emprendimiento I 224, II 788
- principio de protección I 249

Transformación I 175
Trastornos psíquicos patológicos I 643 ss.
Trata de blancas I 255
Tratado de Maastricht I 274
Tratado de Unificación alemana I 30
Tratamiento curativo arbitrario I 571-572
Tribunal Militar, Nuremberg, Tokio I 176 ss.
Tribunal para Yugoslavia I 180
Tropas de estacionamiento
- poder punitivo I 278-279

U

Unidad
- de la jurisprudencia I 188
- del ordenamiento jurídico I 481

Unidad de acción II 1057 ss.
- en los delitos imprudentes II 1063 ss.
- efecto de sujeción II 1078
- jurídica II 1066
- típica en sentido amplio II 1062 ss.
- típica en sentido estricto II 1059 ss.

Unidad jurídica de acción II 1066
Unidad de ley II 1092 ss.
- grupos de casos II 1094 ss.
- en pluralidad de acciones II 1086
- tratamiento II 1101 ss.

Unidad natural de acción II 1062
Unidad típica de acción
- en sentido amplio II 1062 ss.
- en sentido estricto II 1059

Unificación del Derecho I 64
Uso de armas de fuego
- legítima defensa I 506
- frente a personas **I 575-576,** I 579

Uso común, capacidad de legítima defensa I 500
Usos judiciales I 163-164, I 165-166, I 281-282
Usos populares, como Derecho consuetudinario I 163

V

Valor sustitutivo
- comiso del II 1195
- confiscación del II 1180

Valores, conceptos valorativos I 608
- del orden social I 313-314, I 557

Valores éticos 440, I 692
- desistimiento de la tentativa II 816

Versari in re illicita I 384-385
Vía única del Derecho penal I 128, II 1222

Vicio de la voluntad, consentimiento I 563 ss.
Víctima del delito (ver también Ofendido)
- delitos perseguibles a instancia de parte II 1350 ss.
- reparación del daño **I 9-10, 806 ss., II 1288 ss.**
Victimología I 67
Vida
- bien jurídico II 725
- y consentimiento I 557
- estado de necesidad II 725
- legítima defensa I 500, I 513 ss.
- protección de la I 78-79, I 183
Vida humana, no admite ponderación valorativa II 755
Vigilancia policial I 205
Vinculación, ver Obligatoriedad
Violación
- acuerdo I 549-550
Violencia I 201, I 513
Vis absoluta, exclusión de la acción I 331-332
Voluntad del autor 314, I 466 ss. II 972 ss.
- concepto unitario de autor II 965 ss.
- fundamento punitivo de la tentativa II 771 ss.
- teoría subjetiva de la participación II 972
Voluntad de auxilio
- error sobre las causas de exculpación II 764
- estado de necesidad justificante I 536-537
- exceso en la legítima defensa I 514
Voluntad de defensa I 505
Voluntariedad
- del acuerdo I 549 ss.
- del desistimiento II 816 ss., II 1054

Y

Yacimiento entre parientes (ver también Incesto)
- participación necesaria II 1042
Yugoslavia (ver Tribunal para)

Este libro se terminó de imprimir
en octubre de 2014 en los
Talleres Gráficos del
Instituto Pacífico
Jr. Castrovirreyna Nº 224 - Breña
Central: 332-5766
Lima - Perú